

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

RAFFAEL ANTONIO LUZIA VIZZOTTO

**DIREITOS AUTORAIS SOBRE OBRA PRODUZIDA EM BENEFÍCIO DE
TERCEIROS: UMA CLASSIFICAÇÃO POSSÍVEL**

CURITIBA

2011

RAFFAEL ANTONIO LUZIA VIZZOTTO

**DIREITOS AUTORAIS SOBRE OBRA PRODUZIDA EM BENEFÍCIO DE
TERCEIROS: UMA CLASSIFICAÇÃO POSSÍVEL**

Monografia de conclusão de curso apresentada no
Curso de graduação em Direito, do Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Junior

Curso de Direito

Direito Civil

Curitiba

2011

RAFFAEL ANTONIO LUZIA VIZZOTTO

**DIREITOS AUTORAIS SOBRE OBRA PRODUZIDA EM BENEFÍCIO DE
TERCEIROS: UMA CLASSIFICAÇÃO POSSÍVEL**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Junior

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Prof. Me. Marcelo Miguel Conrado

Curitiba, 23 de novembro de 2011

À minha mãe, Solangem, e ao meu pai, Dalmir, aos quais eu devo tudo que sou e tudo que conquistei até hoje, e os quais eu amo incondicionalmente.

Ao meu irmão, Gustavo, que eu amo muito, e que foi e continua sendo motivo de inspiração para mim por sua tenacidade.

À minha tia Antoninha e ao meu tio Sérgio, que sempre me apoiaram em todos os momentos, e foram de especial ajuda nos momentos de maior necessidade.

À minha namorada, Camilla, a qual eu devo agradecer não somente pelo apoio incondicional e pela paciência, mas, também, pelo valioso auxílio na revisão deste trabalho.

Agradeço ao Professor Dr. Sérgio Said Staut Junior, pelo apoio na elaboração desta monografia, e pela paciência demonstrada em face da minha relutância em começar a escrevê-la.

Agradeço a Deus, porque é a fonte última de esperança em todas as minhas empreitadas.

Agradeço, por fim, aos amigos, todos eles, em especial aos que me acompanharam nestes cinco anos de faculdade.

RESUMO

Trata a presente monografia da titularidade dos direitos autorais sobre obra intelectual produzida em benefício de terceiros. Seu escopo é apresentar a conformação dessa titularidade no ordenamento jurídico brasileiro, tecendo comentários e críticas baseados na pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Para tanto, adotou-se uma classificação das modalidades de produção intelectual em benefício de terceiros, o que permite um estudo mais organizado e sistemático da titularidade dos direitos autorais – de índole patrimonial e moral – advindos dessa espécie de produção.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Direito Autoral. Transferência de direitos autorais. Prestação de serviços. Vínculo empregatício. Vínculo estatutário.

ABSTRACT

The main theme of the present monograph is the ownership of intellectual property rights over the intellectual products created in favour of someone other than the creator himself. The scope of the present work is to present the conformation of that ownership in the Brazilian juridical sphere, as well as to comment it and, where appropriate, to criticize it based on research promoted on the literature and judicial decisions available on the theme. To accomplish that, a classification of the types of intellectual creation in favour of someone other than the creator was adopted, what allowed a more organized and systematic approach to the ownership of rights on the intellectual property produced under these circumstances.

Keywords: Intellectual property. Intellectual property rights. Transference of intellectual property rights. Work under commission. Private company workers. Public servants.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	13
1.1 OBJETO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO AUTORAL.....	13
1.1.1 <i>Objeto de direito e objeto da proteção jurídica.....</i>	13
1.1.2 <i>Obras protegidas.....</i>	13
1.2 CONTORNOS DO CONCEITO DE AUTORIA	17
1.2.1 <i>Conceito de autor.....</i>	17
1.2.2 <i>Identificação do autor.....</i>	19
1.2.3 <i>Registro.....</i>	21
1.2.4 <i>Obra coletiva</i>	22
1.3 DUPLA FACE DOS DIREITOS AUTORAIS	25
1.3.1 <i>Direitos morais do autor</i>	27
1.3.2 <i>Direitos patrimoniais do autor.....</i>	31
2 CRIAÇÃO INTELECTUAL EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS	36
2.1 DA CLASSIFICAÇÃO ADOTADA	36
2.2 CRIAÇÃO INTELECTUAL EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS SEM VÍNCULO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	38
2.2.1 <i>Adequação terminológica.....</i>	38
2.2.2 <i>Da criação da obra intelectual em benefício de terceiros quando inexistente vínculo de prestação de serviços.....</i>	41
2.2.3 <i>Da titularidade dos direitos autorais sobre obra produzida em benefício de outrem, ausente vínculo de prestação de serviços.....</i>	42
2.3 CRIAÇÃO INTELECTUAL EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS SOB REGIME DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO.....	50
2.3.1 <i>Da natureza da relação que une criador intelectual e terceiro na modalidade de prestação de serviços sem vínculo empregatício.....</i>	50
2.3.2 <i>Considerações legislativas.....</i>	51
2.3.3 <i>Da criação intelectual em benefício de terceiros quando presente relação jurídica de prestação de serviços sem vínculo de natureza empregatícia.....</i>	53

2.3.4	<i>Da titularidade dos direitos autorais sobre obra produzida mediante prestação de serviços sem vínculo de natureza empregatícia.....</i>	55
2.4	CRIAÇÃO INTELECTUAL EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS SOB REGIME DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, MEDIANTE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ..	58
2.4.1	<i>Considerações legislativas.....</i>	59
2.4.2	<i>Da criação intelectual em benefício de terceiros quando presente relação jurídica de natureza empregatícia.....</i>	60
2.4.3	<i>Da titularidade dos direitos autorais sobre obra produzida em benefício de terceiros quando presente vínculo de natureza empregatícia.....</i>	62
	CONCLUSÃO	69
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

Analisar-se-á, no presente trabalho, as formas pelas quais o Direito Autoral se insere e se manifesta nas relações negociais em que a obra autoral é produzida pelo autor em benefício de outrem, seja na forma de encomenda, na de produção mediante vínculo empregatício, ou, mesmo, na de mera transferência dos direitos de utilização de obra previamente acabada.

Revela-se conspícua, quando da leitura do diploma legal que regula a matéria de Direitos Autorais no Brasil (Lei n.º 9.610, de 1998), a ausência de previsão legislativa expressa em relação às primeiras duas hipóteses (criação mediante encomenda e sob vínculo empregatício), mormente quando se o compara com a lei que o precedeu (Lei n.º 5.988, de 1973), a qual, se não despendia o devido tratamento à matéria, ao menos a mencionava¹.

O retrocesso legislativo mostra-se ainda mais significativo ao se considerar a inegável importância de se regular essa matéria dentro do modelo econômico vigente. A criação intelectual não pode, na estrutura capitalista sobre a qual se alicerça a sociedade brasileira, ser dissociada de seu aspecto comercial; muito pelo contrário, a produção de obra intelectual depende hoje, em larga medida, de sua viabilidade econômica, o que condiciona não só a produção cultural em si (dramático problema, observe-se), mas também a forma pela qual ela se realiza, isto é, os motivos que balizam a produção por parte dos autores, bem como as relações jurídicas de que são parte e que a possibilitam. Nas palavras de ASCENSÃO:

A associação cada vez mais estreita do Direito de Autor a setores muito poderosos da atividade econômica marca também profundamente a nossa época. O direito de autor nasce amparado na imagem do escritor cuja criatividade se recompensa, embora já nos primeiros tempos seja evidente a marca de atividade editorial. Hoje, porém, podemos dizer que um sistema de direito de autor eficiente “é um pré-requisito para a criação e a

¹Dispunha o artigo 36, *caput*, do mencionado diploma legislativo que: “Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.” O Conselho Nacional de Direito do Autor, entretanto, nunca regulamentou a matéria.

sobrevivência de certos setores da indústria atual, entre os quais a indústria editorial”. Esses setores não param de crescer².

Nesse contexto, pouco se precisa argumentar para concluir que, ausente a devida regulação dessas relações e dessa forma específica de produção (que se faz, *a priori* ou não, em benefício de outrem), a relação jurídica sucumbe à regulação meramente econômica, em que impera a “lei” do *economicamente* mais forte – que não costuma ser representado, na vasta maioria das situações, pelos autores, mas, sim, pelos contratantes de seus serviços.

A matéria é intrinsecamente complicada. Se difícil é a conceituação do que seja uma obra intelectual, não menos árdua é a tarefa de delimitar o conteúdo efetivamente criativo de uma obra e expurgá-lo do que se poderia definir como influências exercidas pelo comitente ou por aquele para o qual, por qualquer modalidade de negócio jurídico possível, a obra é destinada. De qualquer forma, embora em determinadas circunstâncias a participação criativa de outrem deva ser levada em conta para a imputação da autoria, em hipótese alguma poderá ela ser furtada àquele que, por meio de seu esforço criativo, idealizou-a e a expressou em algum suporte reconhecido – sob pena de se ferir direito individual fundamental insculpido na Constituição Federal da República de 1988³.

Excetuando-se alguns julgados anteriores à promulgação da nova lei, a jurisprudência pátria, da qual se valerá o presente trabalho para tecer críticas e elogios à aplicação da matéria na prática jurídica, tem reconhecido sem maior dificuldade a intangibilidade dos direitos morais do autor; no que concerne aos direitos patrimoniais, porém, não se pode dizer o mesmo, pois se constata uma evidente dificuldade de os tribunais brasileiros explorarem o tema de acordo com a expressa previsão constitucional, isto é, conferindo ao autor, nos termos do inciso XXVII do artigo 5.º da Constituição Federal, “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”.

² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*, p. 8.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; (...)”. Grifou-se.

O que comumente se verifica é a tendência de se decidir, com base em preceito legal da já revogada Lei n.º 5.988/73 (que previa que “se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes”⁴), em favor dos contratantes de serviço intelectual, pelo singelo motivo de que, se contratados são, recebem contraprestação pelo que criam na forma do contrato, não havendo falar-se em direitos patrimoniais propriamente ditos sobre a obra criada sob a égide do negócio jurídico.

Trata-se, evidentemente, de um sofisma, cuja aplicação afronta não só o texto constitucional, como acima esposado, mas também a legislação infraconstitucional atualmente em vigor: a Lei n.º 9.610/98 é taxativa em consignar, em seu artigo 22, que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

Com o intuito de esboçar uma possível classificação das modalidades de produção intelectual em benefício de terceiros – tornando mais palatável, assim, o seu estudo –, a presente monografia se dividirá em dois capítulos. No primeiro, dedicado às considerações conceituais, apresentar-se-ão conceitos, alicerçados na doutrina e na jurisprudência pátria, indispensáveis à compreensão do tema e ao desenvolvimento do capítulo seguinte, no qual se abordará, propriamente, o tema principal deste trabalho. No segundo capítulo, por sua vez, intentar-se-á propor uma classificação das modalidades de produção intelectual em benefício de terceiros, tendo-se por base classificações já delineadas na doutrina, e, com fulcro nessa classificação, buscar-se-á analisar criticamente a questão da titularidade dos direitos patrimoniais e morais dos autores de obra intelectual produzida em benefício de terceiros.

⁴ Artigo 36 da Lei 5.988, promulgada em 1973.

1. CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

1.1 OBJETO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO AUTORAL

1.1.1 *Objeto de direito e objeto da proteção jurídica*

Antes de iniciar o estudo do objeto de incidência do Direito Autoral, mostra-se oportuno operar a distinção apontada por CHAVES entre objeto de direito e objeto da proteção jurídica:

Recomenda no entanto HECTOR DELLA COSTA, *Sujeto y objeto Del Derecho de Autor*, tese apresentada ao Primeiro Seminário Interamericano de Direito de Autor do Panamá, de 28.07 a 01.08.1980, não se confunda o *objeto de direito* com o *objeto da proteção jurídica*. “O primeiro é a coisa, o bem ou o fato sobre o qual recaem os efeitos da norma legal. O segundo é o bem ou valor que obtém tutela do direito. No primeiro sentido é ‘objeto’ a obra; no segundo é ‘objeto’ a personalidade do autor”⁵.

Tratar-se-á, neste tópico, do objeto de direito, isto é, daquele cuja existência faz incidirem os efeitos das normas de Direito Autoral.

1.1.2 *Obras protegidas*

Não há como adentrar a temática do Direito Autoral sem, em primeiro lugar, definir seu objeto de incidência, isto é, as obras que fazem incidir a tutela autoral. E, para tanto, é útil a leitura do diploma legal que atualmente rege as questões autorais no ordenamento jurídico pátrio, isto é, a Lei n.º 9.610, promulgada em 1998.

Dispõe o artigo 7.º da referida lei que “são obras protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, conhecido ou

⁵ CHAVES, Antonio. *Direito de autor*, p. 166-167.

que se invente no futuro”. Embora se elenquem, em seguida, exemplos de obras protegidas pelo Direito Autoral brasileiro, a exemplificação em si confirma o fato de o rol não ser exaustivo – fato esse sublinhado, acrescente-se, pelo próprio *caput* do artigo.

Tendo por base a definição de CHAVES, são três os elementos essenciais da obra protegida pelo Direito Autoral: “constituir-se em emanção do espírito criador, ter forma sensível e ser original”⁶.

São obras protegidas, portanto, aquelas advindas de criações do espírito, desde que exteriorizadas em algum suporte (ou seja, providas de forma sensível) e dotadas de originalidade. Se é criação do espírito, aduz-se inexoravelmente que “toda a obra relevante é uma obra humana”⁷, ao menos para efeitos de proteção autoral. Segundo o ensinamento de CHAVES, “se não houver espírito criador, não haverá obra. Mesmo a coleta de sons de animais, ou da própria natureza, exige um trabalho de pesquisa, de seleção, de ajuste, que está na essência desse requisito”⁸.

ASCENSÃO confirma a preponderância do elemento da criatividade na consubstanciação da obra em objeto tutelado pelo Direito Autoral no sistema vigente – a criatividade é freqüentemente indicada como o próprio fundamento da proteção autoral. Prova disso é sua afirmação de que “a tutela extensa do direito de autor só é justificada pela criatividade, pelo que se não houver uma base de criatividade humana nenhuma produção pode franquear os umbrais do Direito de Autor”⁹.

Mas não basta ser a obra idealizada por mente humana e caracterizada por criatividade para que receba tutela do Direito Autoral; deve, cumulativamente, ser expressada em algum suporte existente ou que se invente no futuro (buscou o legislador com essa previsão, presumivelmente, garantir a proteção de obras exteriorizadas virtualmente). Trata-se de exigência albergada, inclusive, pela Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas¹⁰, que, em seu artigo 2.º, alínea 2, dispõe o seguinte:

⁶ CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p. 166.

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 27.

⁸ CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p. 166.

⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 3

¹⁰ Segundo BARROS, “Esta convenção surgiu em 19 de setembro de 1886, passando por várias modificações desde então. As últimas revisões Ocorreram em Estocolmo (1967), Paris (1971) e,

Os países da União reservam-se, entretanto, a faculdade de determinar, nas suas legislações respectivas, que as obras literárias e artísticas, ou ainda uma ou várias categorias delas, não são protegidas enquanto não tiverem sido fixadas num suporte material.

Essa exteriorização da obra, por CHAVES denominada “forma sensível”, é por este definida como “a concretização do pensamento ou sentimento do autor de maneira inteligível, fisicamente perceptível à visão ou à audição, capazes de captar emoções estéticas estritamente imateriais”¹¹.

Mostra-se oportuna, neste ponto, a observação de ASCENSÃO no sentido de que:

A obra é pois uma realidade incorpórea; a exteriorização que ela representa ainda pode ser imaterial, bastando que se revele aos sentidos. Por isso, o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação¹².

Em outras palavras, embora a lei exija a exteriorização da criação do espírito em algum suporte para que haja a devida proteção legal, essa exteriorização não pode ser entendida tão somente como materialização, como conversão da idéia original do autor em alguma realidade corpórea – um livro, por exemplo. Quer-se, com isso, distinguir o direito autoral que o autor detém sobre sua obra do mero direito de propriedade que eventualmente se tem sobre o seu suporte de divulgação – seja um livro, uma fita cassete ou um disco musical.

Consubstanciando-se em criação do espírito e sendo exteriorizada em algum suporte conhecido, falta à obra, para que seja tutelada pelo Direito Autoral, o requisito da originalidade ou novidade¹³. Nesse sentido, são úteis os ensinamentos de CHAVES:

ainda, foi retificada em 1979. Como bem se observa em sua denominação formal, sua matéria é o direito do autor de obras literárias e artísticas (BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*, p. 105). Referido tratado internacional, amplamente difundido e utilizado para resolução de conflitos e fonte inspiradora de diversas legislações – a brasileira entre elas –, entrou em vigor no Brasil em 20 de abril de 1975.

¹¹ CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p. 166.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 31.

¹³ Quanto à diferença entre os dois termos, a lição de CHAVES: “Na verdade, as duas noções são muito próximas uma da outra: quanto à originalidade, é certo que uma obra com caráter próprio, mas não nova, não apresentará quase nunca interesse prático; quanto à novidade, para chegar a ela

Ainda que não se exija um valor intrínseco – quantas criações medíocres não alcançam amplo sucesso –, pede-se ao menos que manifestem ou reflitam um certo cunho de personalidade, que tenham vida própria, que revelem, enfim, alguma originalidade. A partir daí é que se poderá dizer que a lei protege todas as obras, sejam quais forem seu gênero, forma de expressão, merecimento e destino¹⁴.

Nesse sentido, para que seja protegida criação do espírito devidamente exteriorizada, não se exige que ela se revele manifestação de excelência artística; é suficiente, para tanto, que ela seja original, ou seja, “que não se confunda com outra, preexistente”¹⁵.

Em conclusão, pelas palavras de STAUT, “para o discurso tradicional dos direitos autorais, na produção de determinada obra intelectual, sem o emprego de criatividade e, para alguns, de originalidade, não há a tutela do direito autoral”¹⁶.

Por fim, impende citar dois extratos jurisprudenciais que exemplificam a caracterização de obras do intelecto humano como obras protegidas pelo Direito Autoral brasileiro:

DIREITO CIVIL. DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. PUBLICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OBRA CRIADA NA CONSTÂNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. DIREITO DE CESSÃO EXCLUSIVO DO AUTOR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 30, DA LEI 5.988/73 E 28, DA LEI 9610/98. DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DIREITO. PARCELA DEVIDA. DIREITOS AUTORAIS. INDENIZAÇÃO.

I - A fotografia, na qual presente técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc. (...).¹⁷

exige quase que necessariamente um esforço de originalidade. Numa palavra, distinguir originalidade e novidade é quase sempre impossível, mesmo usando a casuística mais sutil. Não cabe distingui-las, cumpre concluir pela identidade das duas noções”. (CHAVES, Antonio. *Direito Autoral*, p. 173.)

¹⁴ CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p. 172.

¹⁵ CHAVES, Antônio. *Idem*, *ibidem*.

¹⁶ STAUT JUNIOR, SÉRGIO SAID. *Direitos autorais entre as relações sociais e as relações jurídicas*, p. 75-76.

¹⁷ BRASIL. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 617130/DF. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 17.03.2005. Acesso em 27/09/2011.

DIREITO AUTORAL. LOGOTIPO. LOGOMARCA OU SIMBOLO-MARCA. OBRA INTELECTUAL. CRIAÇÃO ADVINDA DA RELAÇÃO DE EMPREGO. TUTELA DEVIDA EVOLUÇÃO HISTÓRICA. (...)

I - Todo ato físico, literário, artístico ou científico resultante da produção intelectual do homem, criado pelo exercício do intelecto, merece a proteção legal, o logotipo, sinal criado para ser o meio divulgador do produto, por demandar esforço de imaginação, com criação de cores, formato e modo de veiculação, caracteriza-se como obra intelectual. (...).¹⁸

1.2 CONTORNOS DO CONCEITO DE AUTORIA

1.2.1 *Conceito de autor*

Definido o objeto de incidência do Direito Autoral, incumbe delinear, agora, o conceito de autoria para fins de proteção autoral. Como aponta CHAVES:

É evidente a importância da verificação da autoria de uma obra intelectual, em virtude dos efeitos de toda ordem que pode proporcionar: glória, fama, posições sociais, políticas, administrativas, e mesmo, o que não é de desprezar, muito dinheiro, quando bem acolhida pelo público¹⁹.

De acordo com o artigo 11 da Lei 9.610/1998:

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

Como ensina ASCENSÃO, “‘autor’ é palavra ambígua”²⁰, pois, apenas juridicamente, pode significar: o criador intelectual da obra, seu titular originário, bem

¹⁸ BRASIL. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 57449/RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.06.1997. Acesso em 25/07/2011.

¹⁹ CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p. 53-54.

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 69.

como seu titular atual²¹. Interessa a este trabalho, particularmente, a definição do que seria o criador intelectual da obra (em geral coincidente com o titular originário), muito embora, é claro, sua definição dependa ou resvale na das outras duas acepções.

Aduz-se, da lição de ASCENSÃO, que, “quando a lei tem em vista a criação, refere o criador intelectual. Assim, o art. 21²² diz-nos que o autor é titular de direitos sobre a obra intelectual que produziu”²³. Quando, porém, no artigo 29, o mesmo diploma legal dispõe que “depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades”, não se está a referir necessariamente o autor intelectual. Isso porque, de acordo com o artigo 49 da mesma lei, certos direitos patrimoniais, abarcados pelo artigo 29, são transferíveis e, portanto, podem pertencer a outros que não o verdadeiro criador da obra (os chamados adquirentes derivados).

Para melhor definir em que situação a palavra autor tem, na legislação, o significado de criador intelectual, ASCENSÃO sugere o seguinte raciocínio:

Deve entender-se que a lei se refere ao criador intelectual quando prevê efeitos que supõe uma valoração do próprio ato de criação. Assim, o direito de retirada (art. 25 VI²⁴) só pode caber ao criador intelectual, porque se funda em razões éticas que só pela criação se podem justificar. Noutros casos, pelo contrário, poderão incluir-se todas as pessoas a quem foram originariamente atribuídos direitos sobre a obra.²⁵

Como o presente trabalho trata justamente da produção de obra intelectual voltada à satisfação de interesse de terceiro, o ponto aqui abordado tem importância fulcral: definir quem é o criador intelectual é um divisor de águas, pois determina quem sobre ela deterá direitos autorais inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (direitos ditos morais), bem como quais direitos podem ser cedidos a terceiros (os denominados direitos patrimoniais).

²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 69.

²² Cumpre esclarecer que o artigo ao qual se referiu ASCENSÃO pertencia à revogada Lei 5.988, de 1973, sendo que, na lei vigente, mencionado dispositivo tem a seguinte redação: “Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

²³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 69.

²⁴ Na legislação em vigor (Lei 9.610/98), o direito de retirada é tratado no artigo 24, inciso VI.

²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 70.

“A obra literária ou artística”, assevera ASCENSÃO, “exige uma criação, no plano do espírito: autor é quem realiza essa criação”²⁶. Conclui o ilustre doutrinador português:

O autor é titular de direitos sobre a obra intelectual que produziu. Não se pode supor que autor, aqui, deve ser entendido em sentido formal, de molde a abranger todo o titular de direitos sobre a obra intelectual. Isso seria uma tautologia. Equivaleria a dizer: o titular de direitos é titular de direitos. Na realidade, a lei ocupa-se com o problema substancial da determinação do beneficiário do direito de autor, e resolve-o atribuindo este ao criador intelectual.²⁷

1.2.2 *Identificação do autor*

Definido quem pode ser considerado o autor, isto é, o criador intelectual da obra, resta demonstrar como se realiza, concretamente, sua identificação. Para tanto, faz-se necessária a remissão ao texto legal atinente à matéria.

Antes de referir o texto legal, porém, mostra-se oportuno apontar o que a Convenção de Berna, internacionalmente adotada, dispõe sobre a matéria (artigo 15, alínea 1):

Para que os autores das obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção sejam, até prova em contrário, considerados como tais e admitidos em consequência, perante os tribunais dos países da União, a proceder judicialmente contra os contrafactores, basta que seus nomes venham indicados nas obras pela forma usual. O presente parágrafo é aplicável mesmo quando os nomes são pseudônimos, desde que os pseudônimos adotados não deixem quaisquer dúvidas acerca da identidade dos autores.

A legislação brasileira segue essa orientação, porém de forma mais flexível. Dispõe o artigo 13 da Lei n.º 9.610/98:

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 70.

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 70.

Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.

Por necessário, cita-se também o artigo 12 do mesmo diploma legal:

Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.

Logo, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, autor será aquele que tiver indicada ou anunciada, na utilização da obra, sua identificação – que, de acordo com o texto legal, pode ser o nome civil, ainda que abreviado, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional. Nesse ponto, cabe a observação de ASCENSÃO no sentido de que “podemos ir mais longe, e admitir qualquer outra forma de identificação. O autor pode identificar-se, por exemplo, pela sua fotografia”²⁸. O ponto nevrálgico da questão, aparentemente, é resolvido pela parte final do disposto no artigo da Convenção de Berna acima referido: o essencial é que a identificação não deixe qualquer dúvida acerca da identidade dos autores.

Cabe comentar, também, a expressão “não havendo prova em contrário” presente na redação do artigo 13. Trata-se de uma evidente precaução tomada pelo legislador no sentido de evitar que uma presunção se torne fato consumado; afinal, a própria lei admite formas presuntivas de determinação de autoria, como é o caso da indicação do nome do autor na utilização da obra. Para os efeitos do tema tratado neste trabalho, inclusive, trata-se de uma questão muito relevante, já que existem casos em que obras feitas sob encomenda (até mesmo teses acadêmicas, tem-se notícia) o são para que o comitente dela se aproprie e a divulgue como verdadeiro autor (criador originário), disso auferindo todos os benefícios possíveis.

Assim, houve por bem o legislador determinar tratar-se a atribuição de autoria de presunção *iuris tantum*, isto é, passível de ser ilidida em face de provas em sentido contrário.

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 72.

1.2.3 Registro

Diretamente relacionada à determinação da autoria está a questão do registro. Cumpre esclarecer se a proteção autoral depende ou é de qualquer forma condicionada pela necessidade de alguma espécie de formalidade. Quanto a isso, dispõe o artigo 5.º, alínea 2, da Convenção de Berna que:

O gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a qualquer formalidade; esse gozo e esse exercício [são] independentes da existência da proteção no país de origem das obras (...).

A lei n.º 9.610/98, seguindo essa orientação, também determinou que, embora seja facultado ao autor registrar sua obra no órgão competente²⁹, a proteção dos direitos consignados na carta não depende de registro³⁰. ASCENSÃO, comentando a desnecessidade de formalidades para efeito de concessão da tutela autoral aos criadores, teceu a seguinte observação:

Esta é uma das maiores forças do direito de autor, mesmo em confronto com outras modalidades de direitos intelectuais. Como o direito de autor resulta do simples fato da criação, logo que acontecida esta, mesmo desconhecida de toda gente, a titularidade está assegurada. Pode ser necessária uma prova, até para determinar a data da criação; mas essa data não depende de uma formalidade propositadamente estabelecida para o feito, como a resultante de um registro.³¹

Diferentemente do que ocorre com o sistema de patentes, em que o criador do invento deve, para garantir proteção à sua descoberta, registrar (ou patentear) o mesmo, na obra intelectual, artística ou científica não se estabelece tal condição. Isso se explica, em grande parte, pelo fato de que há um forte incentivo aos criadores industriais para que divulguem suas descobertas e invenções, em prol do avanço tecnológico e científico da nação.

Sem adentrar o mérito de uma tal política, o fato é que, para o Direito Autoral, não interessa se o autor torna pública ou não sua obra para que incida sua proteção;

²⁹ “Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no *caput* e no § 1.º do art. 17 da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973.”

³⁰ “Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.”

³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 78.

pode o autor falecer sem difundir sua obra e, ainda assim, desde que identificado, seus direitos, mormente os morais, estarão devidamente assegurados. Trata-se de orientação importante, vez que não se mostram incomuns os casos em que grandes artistas têm suas obras (ou parte delas, como cartas de um grande escritor) reveladas apenas postumamente.

Por fim, deve-se remeter à ressalva antes apontada com relação ao fato de a autoria consistir em uma presunção, mesmo ante a existência de registro da obra. Isso porque mesmo a autoria consignada em registro pode ser ilidida se restar provado, pelos meios admitidos em direito, que ela não corresponde à autoria de fato. Sobre isso, mostra-se oportuno citar a lição de CHAVES:

Não passa, portanto, o registro da obra intelectual de um meio de prova: quem o fizer será considerado autor até demonstração em contrário. O registro não cria o direito: apenas exonera o autor, provisoriamente, do ônus da prova.³²

1.2.4 *Obra coletiva*

A conceituação do que seja obra coletiva, bem como a determinação de suas conseqüências jurídicas, é de significativa importância para o tema central do presente trabalho, motivo pelo qual se dedicarão algumas linhas ao assunto.

A definição de obra coletiva pode ser feita com base na identificação de semelhanças e diferenças em relação à obra produzida mediante coautoria. Assim, cumpre consignar inicialmente o que é uma obra realizada em coautoria.

São duas as modalidades de obras produzidas por mais de um autor albergadas pela Lei de Direitos Autorais: obra em coautoria e obra coletiva. Existe obra em coautoria, segundo o artigo 5.º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei n.º 9.610/98, quando aquela “é criada em comum, por dois ou mais autores”. Coautoria se dá, pois, quando dois ou mais autores se associam com o objetivo de realizar uma

³² CHAVES, Antônio. *Criador da Obra Intelectual*, p. 91.

empreitada em comunhão de esforços criativos (somente o auxílio assim qualificado na confecção da obra pode ser considerado coautoria³³).

A obra coletiva, por seu turno, também se configura como uma união de esforços criativos para um fim comum, que deve ser a elaboração de obra intelectual, artística ou científica, nisso consistindo sua semelhança com o instituto da coautoria. Diferentemente desta, porém, a obra coletiva exige, para se materializar, um elemento qualificador da união de esforços criativos: a coordenação. Em outras palavras, há confecção de obra coletiva quando o esforço criativo de mais de um autor é coordenado por alguém para a produção dessa obra.

Quanto à definição legal do instituto, dispõe o artigo 5.º, inciso VIII, alínea “h”, da Lei de Direitos Autorais que obra coletiva é aquela “criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma”.

O artigo 17, em seu parágrafo 2.º, da Lei de Direitos Autorais dispõe, por sua vez, que “cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva”. Quanto aos direitos morais dos autores participantes de obras coletivas, o mesmo artigo 17 dispõe que “é assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas”, sem especificar, porém, como se dá e o que compreende essa proteção. O parágrafo primeiro do mesmo artigo parece, inclusive, limitar bastante essa garantia ao direito moral, quando dispõe que “qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada”; ora, reduzir o direito pessoal do autor sobre sua obra ao direito de não ter (ou mesmo ter) seu nome vinculado à obra é evidentemente insuficiente.

Chegou-se, aqui, à questão que torna o presente tema importante para o desenvolvimento deste trabalho: na obra coletiva, os direitos autorais (sejam os patrimoniais ou os pessoais) não pertencem necessariamente aos seus efetivos

³³ Dispõe o parágrafo primeiro do artigo 15 da Lei 9.610/98 que: “Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio”.

criadores intelectuais; pelo contrário, podem pertencer tão-somente ao organizador, o qual, além de não precisar contribuir criativamente para a obra, pode, inclusive, ser uma pessoa jurídica³⁴.

Várias são as objeções que podem ser alegadas a uma tal orientação legislativa: se o titular da obra coletiva for seu organizador, estar-se-á atribuindo direitos autorais a alguém que não exerceu, necessariamente, qualquer atividade criativa, mas tão só a de organização, em detrimento dos verdadeiros autores; se o titular originário de uma obra coletiva puder ser uma pessoa jurídica, ter-se-á uma obra que nasce sem atribuição de direitos pessoais, já que pessoas jurídicas não são dotadas de direitos pessoais; em ambos os casos, estar-se-á suprimindo o direito pessoal de cada um dos autores que contribuíram para a feitura da obra e merecem, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio – orientado pelas diretrizes constitucionais –, proteção integral à sua personalidade e suas projeções, sob pena de se negar vigência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O caráter das objeções acima referidas é, notadamente, extrapatrimonial, concernente aos chamados direitos morais do autor. Entretanto, os direitos de índole patrimonial também geram dúvidas quando da aplicação do instituto da obra coletiva: estaria o direito patrimonial dos autores de obra coletiva reduzido ao conteúdo patrimonial do contrato com eles celebrado pelo organizador para que cada um realizasse sua parte? Se sim, isso não atenta contra a ordem jurídica estabelecida, por se constituir em uma cessão total dos direitos patrimoniais sobre a obra? Prosperando a lógica acima exposta, não se esvaziaria o conteúdo protetivo da criação intelectual, artística ou científica conferida pelo ordenamento jurídico aos autores, já que a contraprestação à sua contribuição a uma obra criativa pode ser reduzida a uma mera prestação pecuniária prévia ou posterior, suprimidos quaisquer outros direitos sobre seu esforço criativo?

Essas e outras questões, agora meramente referidas, serão tratadas no segundo capítulo do presente trabalho.

³⁴ O *caput* do artigo 11 da Lei 9.610/98 dispõe que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. O parágrafo único do mesmo artigo, porém, faz a seguinte ressalva: “a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.”

1.3 DUPLA FACE DOS DIREITOS AUTORAIS

A natureza jurídica dos direitos autorais é marcada por uma polêmica que remonta ao início das discussões acerca desses mesmos direitos. Por enfeixarem aspectos bastante diferentes entre si (uns relacionados à personalidade, outros marcadamente patrimoniais), a definição de sua estrutura sempre foi – e ainda não deixou de ser – controversa. STAUT bem resume o principal ponto de divergência:

Discute-se se o direito de autor é um único direito, compreendendo faculdades patrimoniais e extrapatrimoniais (chamadas de morais, pessoais ou personalíssimas, dependendo do autor), ou se são vários direitos, compreendendo um direito patrimonial (ou direitos patrimoniais) e um direito moral (ou direitos morais ou personalíssimos).³⁵

Várias foram as teorias explicativas do direito de autor ao longo da história, especialmente a partir do século XV, com o advento da imprensa. Sentia-se, já então, a necessidade de fundamentar o direito de autor, e, para tanto, fazia-se necessário, como se faz hoje, determinar sua natureza jurídica.

Primeiramente³⁶, idealizou-se a teoria do privilégio, segundo a qual o direito autoral seria um privilégio ou monopólio concedido ao súdito autor sobre sua obra pelo soberano. Após, adveio a teoria da obrigação “ex delicto”, em que, ao invés de direitos, cogitava-se de um interesse em que não se violasse a proibição legal de reproduzir obra de outro autor. Em seguida, houve ainda outras teorizações: teoria da propriedade e da quase propriedade (pelas quais se intentou imprimir aos direitos autorais a mesma regulação oferecida aos direitos reais); teoria da personalidade (por meio da qual se defendia a íntima conexão entre a obra intelectual e a personalidade do indivíduo que a produziu); e teoria do direito intelectual, pela qual se criava “uma nova categoria de direitos, a dos direitos intelectuais, compreendendo todas as manifestações da inteligência humana”³⁷.

Segundo a conclusão aduzida por BESSONE,

³⁵ STAUT JUNIOR, Sérgio Said. *Op. cit.*, p. 61.

³⁶ BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*, p. 115.

³⁷ STAUT JUNIOR, Sérgio Said. *Op. cit.*, p. 66.

Essas sucessivas teorias levaram muitos espíritos à convicção de que é irreduzível a verdade de que o direito autoral cria duas ordens paralelas de direitos. Publicado o trabalho intelectual, surge uma situação jurídica mista, formada de dois elementos: um imaterial e pessoal, que se liga à personalidade e à liberdade do autor, e, outro, patrimonial e econômico, que é suscetível de cessão³⁸.

Essas duas ordens paralelas de direitos, uma pessoal ou moral (segundo BESSONE, melhor seria chamá-la personalíssima), outra patrimonial, são o fundamento do que se denomina teoria dualista do direito autoral. Reconhecem-se, por meio dessa teoria, duas facetas do direito do autor, uma relacionada aos direitos concernentes à sua personalidade (como o de ter seu nome vinculado à sua obra), outra, aos direitos patrimoniais (como o de vender cópias de sua obra ou apresentá-la ao público, auferindo lucro).

Trata-se de alicerce do que STAUT denomina “discurso tradicional dos direitos autorais”³⁹, amplamente aceito pela doutrina e espelhado na legislação pátria, repercutindo, obviamente, nas decisões judiciais. No que diz respeito à legislação pátria, a adoção dessa posição doutrinária pode ser facilmente constatada pela leitura do artigo 22 do diploma legal que rege os direitos autorais no Brasil (Lei n.º 9.610/98):

Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

O dispositivo acima transcrito faz clara alusão à existência de duas ordens distintas de direitos autorais, quais sejam, a dos direitos morais e a dos direitos patrimoniais, conferindo-lhes, inclusive, tratamento apartado em dois capítulos distintos (o Capítulo II, do Título III, é dedicado aos primeiros, e o Capítulo III, do mesmo título, aos segundos).

Por outro lado, não se pode negar a prevalência, na prática, do elemento patrimonial nas relações jurídicas envolvendo direitos autorais. E isso se dá, essencialmente, porque mesmo os direitos personalíssimos precisam ser, quando violados, convertidos em patrimoniais; melhor dizendo, mostra-se necessário, para compensar judicialmente uma violação (ou mesmo evitá-la) de direito moral do autor,

³⁸ BESSONE, Darcy. *Op. cit.*, p. 117-118.

³⁹ STAUT JUNIOR, Sérgio Said. *Op. cit.*, p. 15.

encontrar o equivalente valor patrimonial dessa violação. Assim, tanto direitos morais como patrimoniais precisam, em última análise, ser conversíveis em valor pecuniário.

Como se não bastasse, há ainda outro fator que torna o elemento patrimonial predominante nos direitos autorais. Afinal, como defendido por STAUT⁴⁰, os direitos patrimoniais, isto é, aqueles aptos a proporcionar rendimento econômico ao autor, são os únicos a efetivamente garantir as condições materiais da própria produção intelectual. Sem os meios de subsistência providos pelos direitos patrimoniais advindos de sua obra, não pode o autor dar continuidade a seus trabalhos e confeccionar novos produtos intelectuais.

Neste ponto, cumpre apontar a ressalva feita por BITTAR no sentido de que “a divisão dos aspectos não apresenta, pois, caráter científico”⁴¹. “Um (direito moral)”, continua o autor, “é pressuposto do outro (direito patrimonial) ou, ainda, o seu fundamento ético”⁴². Haveria, então, mesmo após reconhecida a prevalência do fator econômico, uma espécie de complementaridade entre os dois direitos (moral e patrimonial). Nas palavras desse autor, “esses elementos mesclam-se para formar o conteúdo de um outro direito, de natureza especial, identificada nitidamente”⁴³; esse direito seria o direito autoral.

Apesar de sua não cientificidade, mesmo BITTAR admite a qualidade didática que possui referida divisão. Somado a isso, há ainda o fato, sublinhado por STAUT, de que se trata da forma de tratamento dispensada à matéria pelo discurso tradicional, motivo pelo qual, em sendo útil para a compreensão do tema, não há por que negá-la, cabendo, quando necessário, tecer as críticas aplicáveis.

1.3.1 *Direitos morais do autor*

⁴⁰ STAUT, Sérgio Said. Idem, p. 71.

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*, p. 42.

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. Idem, ibidem.

⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. Idem, ibidem.

Seguindo a ordem expositiva da própria Lei de Direitos Autorais, começar-se-á por analisar os ditos direitos morais do autor, referidos no Capítulo II do Título III do mencionado diploma legal.

Inicialmente, cumpre salientar que, ao contrário dos direitos patrimoniais do autor – que serão analisados em seguida –, os direitos morais sobre obra intelectual não estão expressamente previstos na Constituição Federal brasileira. Os três incisos do artigo 5.^o da Carta Magna que diretamente tratam do Direito de Autor (XXVII, XXVIII e XXIX) não fazem qualquer menção a algum direito personalíssimo do autor sobre sua obra; pelo contrário, faz-se referência apenas aos direitos patrimoniais e suas conseqüências econômicas, dispondo-se, inclusive, sobre o direito de fiscalização do aproveitamento econômico que possui o autor sobre sua obra.

Esse e outros detalhes, que serão analisados oportunamente nas próximas páginas, neste capítulo se prestam a apontar o caráter analítico da abordagem constitucional dos direitos autorais de caráter econômico; o que, por sua vez, somente intensifica a estranheza causada pela inexistência de menção aos direitos personalíssimos do autor. Poder-se-ia deduzir, com base nesse raciocínio, que a Constituição Cidadã descuidou dos direitos da personalidade dos autores em favor dos aspectos econômicos envolvidos na produção intelectual.

Por outro lado, tomando por base uma análise sistemática da Carta Maior, pode-se argumentar que os direitos morais do autor estão compreendidos na proteção genérica garantida à dignidade da pessoa humana pelo inciso III do artigo 1.^o da Constituição Federal de 1988:

Art. 1.^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana; (...).

Essa cláusula geral dos direitos da personalidade⁴⁴ englobaria, segundo parte da doutrina, os direitos personalíssimos do autor sobre sua obra – prescindindo o

⁴⁴ STAUT JUNIOR, Sérgio Said. *Op. cit.*, p. 94.

texto constitucional, assim, de menção expressa a respeito do tema. Isso porque, se constitui fundamento da república a dignidade da pessoa humana, e se o respeito aos direitos da personalidade é elemento imprescindível desta, a garantia constitucional aos direitos morais do autor (que são, não há dúvida, genuínos direitos da personalidade) é inequívoca.

Embora BITTAR⁴⁵ se posicione veementemente a favor da inclusão, na Carta Magna, de dispositivo expressamente protetivo dos direitos pessoais do autor, a existência da cláusula geral protetiva dos direitos da personalidade acima mencionada parece bastante para o efeito de garantir a proteção integral do autor de obra intelectual, ao menos teoricamente. Tanto é assim que não parece haver atualmente, na doutrina e na jurisprudência, maiores dificuldades em se reconhecer os direitos morais de autor de obra intelectual, científica ou artística. Na jurisprudência, inclusive, mostra-se comum o reconhecimento de dano moral quando desrespeitado algum direito moral do autor, como o de manter sua obra inalterada. A título de exemplo, segue ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça ilustrando essa situação:

RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. OBRA MUSICAL. LETRA ALTERADA. UTILIZAÇÃO EM PROPAGANDA VEICULADA NA TELEVISÃO. PARÓDIA OU PARÁFRASE. INEXISTÊNCIA. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. ALTERAÇÃO DO CONTEÚDO DA OBRA. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA.

1. O autor da obra detém direitos de natureza pessoal e patrimonial. Os primeiros são direitos personalíssimos, por isso inalienáveis e irrenunciáveis, além de imprescritíveis, estando previstos no art. 24 da Lei 9.610/98. Os segundos, regulados pelo art. 28 da referida Lei, são passíveis de alienação.

2. Nesse contexto, nada há a reparar na decisão guerreada quando afirma ser o segundo recorrido ainda titular de direitos morais que podem ser vindicados em juízo, tendo direito à reparação por danos morais em face das modificações perpetradas em sua obra sem autorização, pois apenas alienou seus direitos autorais de ordem patrimonial. (...) ⁴⁶

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 46.

⁴⁶ BRASIL. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1131498/RJ. Min. Rel. Raul Araújo, j. 17.05.2011. Acesso em 28 de setembro de 2011.

Aproveitando-se o ensejo, cumpre tratar das características dos direitos personalíssimos do autor, mencionadas no item “1” da ementa acima transcrita. De acordo com o artigo 27 da Lei de Direitos Autorais, “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. O acórdão cuja ementa acima se citou, por sua parte, acrescenta uma terceira característica, apontada também pela doutrina majoritária: a imprescritibilidade.

“O autor”, explica STAUT⁴⁷, “titular do direito moral, não pode dele dispor e, nesse sentido, não é possível que o autor aliene ou renuncie de alguma forma a ele”. Assim, a inalienabilidade e irrenunciabilidade dos direitos pessoais do autor impedem que ele os transfira, onerosamente ou não, a outrem; trata-se, pois, de emanção de sua personalidade, não podendo ser desta subtraída.

A conjugação das características de inalienabilidade e de irrenunciabilidade leva alguns autores a acrescentar a intransmissibilidade como traço distintivo dos direitos morais. Constitui exceção a esse raciocínio, porém, a cláusula sucessória constante do parágrafo primeiro do artigo 24 da Lei de Direitos Autorais, que assim dispõe:

§ 1.º. Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

Os incisos I a IV mencionados dizem respeito, respectivamente, aos seguintes direitos morais: de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; de ter o nome do autor indicado quando da utilização da obra; de conservar a obra inédita; e de assegurar a integridade da obra. São direitos, pois, que se prestam, precipuamente, a garantir que o autor original não perca seus direitos morais. Diz-se isso porque os herdeiros do autor não o sucedem como autores da obra, como alguns poderiam supor. Pelo contrário, a ressalva prevista no parágrafo primeiro do artigo 24 da Lei n.º 9.610/98 tem por escopo tão-somente possibilitar aos herdeiros a defesa dos direitos morais pertencentes ao verdadeiro criador da obra. Até porque, se assim não fosse, a ressalva não seria limitada a apenas alguns dos direitos pessoais elencados no artigo 24.

⁴⁷ STAUT, Sérgio Said. *Op. cit.*, p. 90.

Os demais direitos morais garantidos ao autor são os seguintes: de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; de retirá-la de circulação ou suspender sua utilização quando implicar afronta à sua reputação ou imagem; e, por fim, de ter acesso a exemplar único da obra.

Quanto à possibilidade de existirem direitos morais não previstos em lei, a lição de ASCENSÃO, lecionada quando ainda vigente o diploma legal anterior, parece permanecer atual:

Supomos que a lei especificou as faculdades de ordem pessoal que são admissíveis sobre a obra. Não seria pois correto desenvolver um conceito de direito pessoal de autor do qual se deduzissem depois as faculdades admissíveis. O que a lei quis outorgar, declarou-o expressamente (...). Os direitos pessoais são típicos.⁴⁸

1.3.2 *Direitos patrimoniais do autor*

Diferentemente do que ocorre com os chamados direitos morais do autor, os direitos autorais de índole patrimonial possuem, além da previsão legislativa expressa – igualmente conferida aos primeiros –, assento constitucional expresse. Dispõe o artigo 5.º da Constituição Federal, dedicado à enumeração dos direitos e garantias fundamentais, no seu inciso XXVII, que:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; (...).

Complementando a regulação constitucional do tema, prevê a alínea “b” do inciso XXVIII do mesmo artigo que é assegurado:

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 132.

Assim, a Carta Magna brasileira conferiu – com exclusividade, diga-se – aos autores o direito de explorar economicamente suas obras, atentando, inclusive, para a possibilidade de não auferirem os proveitos financeiros de sua obra diretamente – o que exige, tal como disposto na alínea acima transcrita, que os autores possam fiscalizar o aproveitamento econômico gerado por suas criações. Afinal, como explica SANCHES, “a regulamentação dos direitos patrimoniais visa a assegurar aos criadores legítimas condições para o proveito econômico da utilização da obra intelectual”⁴⁹.

Não sendo outro o escopo da legislação a respeito dos direitos patrimoniais conferidos ao autor senão o de possibilitar ao autor que aufera proveito econômico sobre suas criações – muitas vezes seu único meio de subsistência –, a legislação infraconstitucional se preocupou em minudenciar algumas das formas de exercício desses direitos – estabelecendo, também, alguns limites.

Inicialmente, cumpre apontar a proteção genérica conferida pela Lei de Direitos Autorais ao exercício das faculdades patrimoniais do Direito de Autor:

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Cogita-se, na doutrina, de três modalidades principais de exploração econômica da obra intelectual, artística ou científica: direitos de comunicação ao público, direitos de reprodução e direitos de sequência⁵⁰. Direitos de comunicação ao público referem-se aos atos pelos quais, nos termos do inciso V do artigo 5.º da Lei de Direitos Autorais, “a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares”.

Direitos de reprodução, por sua vez, são definidos no inciso VI do mesmo artigo como aqueles em que há “a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”.

⁴⁹ SANCHES, Sydney Limeira. Direitos Patrimoniais de Autor. In: *Revista CEJ*, p. 38.

⁵⁰ SANCHES, Sydney Limeira. *Op. cit.* In: *Revista CEJ*, p. 38.

Já os direitos de sequência, definidos por ASCENSÃO como aqueles que surgem “em consequência da alienação da obra ou do suporte desta”⁵¹, resumem-se, no ordenamento jurídico brasileiro, à disposição tipificada no artigo 38 da Lei n.º 9.610/98:

Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.

Trata-se de um direito peculiar, em virtude de suas características, conferido ao autor. Embora assim elencado na Lei de Direitos Autorais, bem como reconhecido por parte significativa da doutrina, alguns autores questionam o caráter patrimonial do direito de sequência. Essa controvérsia se deve ao fato de consistir esse direito, no dizer de SILVA FILHO, em uma faculdade patrimonial com fundamento moral⁵².

O elemento patrimonial, de qualquer forma, não pode ser negado, tanto o é que a lei posicionou o direito de sequência em seu Capítulo III, referente aos direitos patrimoniais do autor. Incidem sobre ele, porém, algumas características especiais, apontadas pelo próprio instrumento legislativo: trata-se de direito que, embora considerado patrimonial pela lei, revela-se inalienável e irrenunciável – como se depreende da dicção do artigo 38, acima transcrito –, à maneira dos direitos morais.

Já no que respeita aos direitos patrimoniais de reprodução e comunicação, várias são as modalidades de exercício albergadas pela Lei de Direitos Autorais. O artigo 29 desse diploma legal arrola diversos direitos específicos de índole eminentemente patrimonial que são conferidos ao autor para que aufera proveito econômico de sua obra. A título de exemplo, podem-se citar os seguintes: reprodução parcial ou integral; distribuição; representação (nas suas variadas formas – musical, teatral, por recitação). Trata-se, entretanto, de rol não taxativo, vez que o inciso X do mesmo artigo ressalva que são admitidas “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”.

⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 236.

⁵² SILVA FILHO, Artur Marques. Conteúdos dos Direitos do Autor. In: *Revista dos Tribunais*, p. 24.

Referida ressalva, combinada com a previsão do artigo 4.º da mesma lei – “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais” –, protege os autores contra a utilização não autorizada de suas obras por meios inexistentes à época de um eventual contrato de cessão. O inciso VI do artigo 49 da lei é explícito nesse sentido:

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Quanto às características dos direitos patrimoniais do autor, se os de índole moral se distinguem por serem intransmissíveis (salvo as exceções de cunho sucessório) e, portanto, inalienáveis, o mesmo não se pode dizer dos patrimoniais: a Lei de Direitos Autorais, atenta à estrutura social capitalista em que inexoravelmente se insere a produção autoral, permite a transmissão desses direitos, presumindo-a, inclusive, onerosa.

De acordo com o artigo 3.º do referido texto legislativo, os direitos autorais “reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”, disposição legal que auxilia a concretização das relações jurídicas envolvendo os direitos autorais de índole patrimonial. Nessa esteira, mostra-se imperioso, para tratar adequadamente da possibilidade de cessão dos direitos patrimoniais, referir o *caput* do artigo 49 da Lei n.º 9.610/98, segundo o qual:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...).

O mesmo artigo, entretanto, elenca em seus incisos algumas restrições à transmissibilidade desses direitos. Primeiramente, consigna-se que sua transmissão total e definitiva somente será admitida por meio de contrato escrito, o qual, como já consignado, deverá ser interpretado sempre restritivamente. O prazo máximo de cessão dos direitos é estabelecido em cinco (5) anos, no caso de não haver previsão contratual diversa. Outrossim, silente o contrato a este respeito, a cessão somente possuirá validade no país em que ele foi firmado.

Dispõe o artigo, ainda, que, em não havendo estipulação a respeito da modalidade de utilização da obra cedida, deverá ser ela restrita àquela que se mostre indispensável ao cumprimento da finalidade da obrigação contraída.

Por fim, cumpre consignar que é também característica dos direitos patrimoniais do autor a prescritibilidade: ao contrário dos direitos de índole moral, os de caráter patrimonial prescrevem com o decurso de tempo. De acordo com o artigo 41 da Lei n.º 9.610/1998, a regra geral é a de que:

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente a de seu falecimento, obedecida a ordem sucessório da lei civil.

Excetua-se, entretanto, o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, que se conta a partir de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação, e o prazo dos direitos sobre obras audiovisuais e fotográficas, que se conta a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

2. CRIAÇÃO INTELECTUAL EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS

2.1. DA CLASSIFICAÇÃO ADOTADA

Inicialmente, faz-se necessário explicar a adoção da expressão “em benefício de terceiros” para designar a categoria geral de produção autoral a ser tratada neste capítulo. COSTA NETTO, no artigo “Direitos de autor e os que lhes são conexos na relação artistas/autores com empresas produtoras e usuários de obras intelectuais”⁵³, para se referir à categoria geral de obras criadas para utilização por terceiros, designa-as obras produzidas sob regime de prestação de serviços.

Não se trata, porém, da forma mais apropriada de denominar essa categoria geral, justamente porque uma das subcategorias da produção intelectual em benefício de outrem consiste na confecção de obra mediante regime de prestação de serviço, como adiante se verá. A utilização da nomenclatura de COSTA NETTO poderia, assim, ensejar imprecisão terminológica, já que uma mesma expressão designaria uma categoria genérica e uma subcategoria.

Nesse sentido, com o intuito de tornar mais exata a descrição da categoria e mais clara a própria classificação, parece mais apropriada a expressão “em benefício de outrem”⁵⁴, utilizada por CHAVES, ou outra com o mesmo sentido, como a utilizada para intitular o presente capítulo (“em benefício de terceiros”).

Vencida essa preliminar terminológica, cumpre adentrar a temática que se propõe analisar no presente capítulo. COSTA NETTO, no artigo supramencionado, aduz a palpitante questão – tema do presente trabalho – da produção intelectual em regime de prestação de serviços (melhor se denominaria essa categoria, como acima explanado, “produção intelectual em benefício de outrem”), seja mediante estabelecimento de vínculo empregatício ou não. Talvez a melhor justificativa do interesse suscitado pelo tema possa ser inferida da seguinte passagem de seu texto:

⁵³ COSTA NETTO, José Carlos. Direitos de Autor e os que lhes são conexos na relação artistas/autores com empresas produtoras e usuários de obras intelectuais. In *Reflexões sobre direito autoral*, p. 144-149.

⁵⁴ CHAVES, Antônio. *Criador da Obra Intelectual*, p. 204.

A dependência do autor e sua obra dos veículos de comunicação é inegável. A recíproca, também, é verdadeira: os veículos de comunicação não teriam qualquer consistência sem a criação intelectual, em qualquer nível.⁵⁵

Incontestes a dependência entre autor e veículos de comunicação aptos a propalar sua obra, e considerando a crescente importância dessa relação de recíproco interesse em uma sociedade baseada no consumo como aquela em que se vive hodiernamente, cumpre verificar como essa relação se processa juridicamente, bem como averiguar se, na prática, uma parte não prevalece sobre a outra, tolhendo o exercício de seus direitos.

Propõe COSTA NETTO uma divisão tripartite das formas de produção intelectual em benefício de outrem, sem intentar com isso, obviamente, sistematizar a matéria em definitivo. Trata-se, antes, de tentativa de iniciar um estudo sério da matéria, impossível sem alguma organização em categorias – por mais que elas não sejam estanques. Seriam três, segundo o autor, as formas de criação autoral no regime de prestação de serviços: mediante mera autorização de uso; sob o regime de prestação de serviço, sem vínculo empregatício; e em regime de prestação de serviço, presente o vínculo empregatício⁵⁶.

A criação mediante mera autorização seria aquela

(...) sem qualquer participação do usuário na elaboração da obra (mais comum aos autores do que aos intérpretes), onde o titular, mediante certas condições de aproveitamento da obra e remuneração, autoriza a utilização de sua obra sem qualquer cessão ou transferência.⁵⁷

Obra realizada por meio de prestação de serviços, mas sem vínculo empregatício, dar-se-ia quando “o usuário encomenda e remunera o autor para criação de uma obra que será utilizada por aquele”⁵⁸. De outro lado, considera COSTA NETTO a obra criada mediante prestação de serviços com vínculo

⁵⁵ COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*. In *Reflexões sobre direito autoral*, p. 144.

⁵⁶ COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*. In *Reflexões sobre direito autoral*, p. 145.

⁵⁷ COSTA NETTO, José Carlos. *Idem*, *ibidem*.

⁵⁸ COSTA NETTO, José Carlos. *Idem*, *ibidem*.

empregatício quando “o usuário contrata empregado para as funções de criação ou interpretação de obra intelectual”⁵⁹.

Como se assentou anteriormente, essas categorias não são estanques, e tampouco exaustivas. Pode-se, porém, utilizar essa classificação de forma eficaz, enquadrando dentro de suas categorias as modalidades de produção intelectual em benefício de terceiros aventadas pelos doutrinadores e reconhecidas pelos tribunais.

Buscar-se-á, nas próximas páginas, aprofundar essa classificação, estudando as modalidades que a compõem com base nos conceitos já delineados de Direito Autoral, bem como na doutrina e na jurisprudência pátria, tudo isso com o objetivo de analisar a titularidade dos direitos autorais sobre obra intelectual produzida em benefício de terceiros.

2. 2. CRIAÇÃO INTELECTUAL EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS SEM VÍNCULO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

2.2.1. *Adequação terminológica*

Considerando-se a referência à classificação de COSTA NETTO acima realizada, incumbe, primeiramente, adequar a categoria que o autor denominou produção intelectual mediante mera autorização aos propósitos do presente trabalho. COSTA NETTO define essa forma de produção como aquela em que não há qualquer espécie de cessão ou transferência de direitos.

Entretanto, em âmbito estritamente econômico, mesmo a autorização de uso comercial de uma obra, como quer o autor, acabaria por significar, na prática, a transferência de direitos sobre ela. Isso porque qualquer forma de uso comercial expressa exercício de direito autoral sobre o produto intelectual; e, se há exercício de direito autoral por outrem que não o autor da obra, é mister admitir que há cessão desse direito. Nesse sentido, oportuna a lição de ASCENSÃO no sentido de que

⁵⁹ COSTA NETTO, José Carlos. Idem, ibidem.

“autorizar a fruição também não é uma expressão feliz. O autor pode transferir direitos ou conceder licenças a terceiros. Esses poderes referem-se sempre a formas de utilização da obra”, consubstanciando-se em um “aspecto do poder de utilizar economicamente a obra”⁶⁰.

Cumpre analisar, também, a lição de CHAVES, em sentido oposto:

Sem embargo de amplamente empregada a palavra cessão por especialistas e mesmo por numerosos textos legais, não se caracteriza como tal em sentido jurídico, significando a entrega dos originais (ou cópia) ao editor, apenas para que proceda à sua multiplicação, embora possa haver cessão, descaracterizando porém a avença.⁶¹

Tal raciocínio, porém, não condiz com o que se depreende da leitura da Lei n.º 9.610/98 – posterior, esclareça-se, à publicação do livro de CHAVES de que foi retirada a citação.

Diz-se isso porque referido diploma legal é claro em atribuir ao autor o “direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”⁶², como já se mencionou no primeiro capítulo do presente trabalho. Nessa esteira, dispõe, ainda, dentro do Capítulo III, reservado aos direitos patrimoniais do autor, que “depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades”, tais como a reprodução, a edição, tradução, entre outras. Disso deduz-se que essas modalidades são, como não poderiam deixar de ser, direitos patrimoniais do autor – transferíveis na forma prevista pelo artigo 49⁶³ da Lei n.º 9.610/98. E essa possibilidade de transferência se presta, justamente, a possibilitar a fruição econômica da obra pelas formas de utilização previstas no Título IV do mesmo diploma legal, denominado “Da Utilização de Obras Intelectuais e dos Fonogramas”, que dispõe sobre as modalidades de utilização dos produtos intelectuais.

⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 160.

⁶¹ CHAVES, Antonio. *Obras literárias e musicais (Contrato de Edição)*, p. 35.

⁶² “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”

⁶³ “Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...)”

Por fim, CHAVES torna claro o motivo de sua hesitação em utilizar o termo cessão ou transferência de direitos no seguinte trecho por ele escrito:

A simplificação com que o conceito de cessão permite agilizar as relações entre o titular do direito e seu intermediário com o público para toda e qualquer utilização já era combatida por PIOLA CASELI devido aos resultados extremamente danosos à causa da defesa dos direitos do autor, facultando a tais medianeiros assenhorearem-se total e completamente de toda forma de utilização da obra, do modo mais absoluto e completo, aproveitando-se mesmo da situação econômica inferior do autor.⁶⁴

Embora seja uma preocupação válida – e condizente, inclusive, com as preocupações externadas ao longo do presente trabalho acerca da hipossuficiência dos autores –, o receio externado por CHAVES não parece mais caber, em virtude das disposições expressas da atual Lei de Direitos Autorais no sentido de que: a) apenas são transferíveis os direitos patrimoniais do autor; e b) o contrato pelo qual o autor cede seus direitos deve indicar especificamente as formas de utilização autorizadas da obra, bem como seu tempo de vigência – o qual, se não estipulado, é presumido em cinco anos⁶⁵.

Assim, tem-se que, sob a égide da atual Lei Direitos Autorais, qualquer forma de utilização com finalidade econômica da obra por terceiros depende, na prática, de uma transferência de direitos – que pode ser total ou não, e que não abrange, salvo hipóteses sucessórias excepcionais, faculdades morais do autor.

Ao invés de “produção intelectual mediante mera autorização”, mostra-se mais adequada, portanto, a caracterização da presente categoria de produção intelectual como sendo aquela em que não há qualquer vínculo de prestação de serviços – essa será a principal diferença em relação às outras duas modalidades de produção intelectual em proveito de terceiros. Lançada essa premissa, pode-se

⁶⁴ CHAVES, Antonio. *Op. cit.*, p. 37.

⁶⁵ “Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...) I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; (...) III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; (...) VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.” Grifou-se.

adentrar as questões que concernem a esse tipo de produção no que diz respeito aos direitos autorais de autor e terceiro interessado.

2.2.2. Da criação da obra intelectual em benefício de terceiros quando inexistente vínculo de prestação de serviços

No que tange à produção da obra em si, ela obedece ao que CHAVES denominou criação espontânea. Segundo ele, é obra de criação espontânea aquela em que “é o autor quem escolhe o assunto e o desenvolvimento”⁶⁶, tendo ainda a “iniciativa de colocar a sua produção indistintamente à disposição de todos os eventuais consumidores”⁶⁷.

Em outras palavras, na criação espontânea o autor não se subordina a qualquer interesse ou vontade alheios; o impulso criativo e todo o processo de criação são levados a cabo sem ingerência externa. O autor é livre, assim, para criar o que bem entender, no prazo que lhe aprouver, sendo-lhe facultado, inclusive, divulgar ou não a obra.

Realizada a obra de forma espontânea, muitos autores desejam divulgá-la ao público e disso auferir o maior proveito econômico possível. Na vasta maioria dos casos, porém, constatam que publicar uma obra é por demais dispendioso e arriscado: investe-se uma quantidade considerável de capital (tanto em fabricação de exemplares, se for o caso, como em publicidade) sem qualquer garantia de retorno financeiro. Como se não bastasse o fator econômico, MANSO lembra também, justificando o caráter alienável dos direitos patrimoniais do autor, que, sem uma divisão de trabalhos, cada autor seria sobrecarregado de tarefas para, além do esforço de criar a obra, conseguir publicá-la:

A alienabilidade tem seu fundamento básico na própria divisão do trabalho, que distribui entre os vários setores da sociedade funções especificadas a cada um deles, para melhor atendimento das necessidades do homem. O autor não poderia, com efeito, sozinho, criar a obra, reproduzi-la, multiplicá-

⁶⁶ CHAVES, Antonio. *Criador da Obra Intelectual*, p. 206.

⁶⁷ CHAVES, Antonio. *Idem*, *ibidem*.

la e fiscalizar cada uma dessas atividades, para auferir, finalmente, os seus rendimentos.⁶⁸

Da análise dessas circunstâncias, surge a idéia de se aliar a um terceiro para levar a cabo essa empreitada.

E é da relação com esse terceiro que trata o presente tópico. Para que tenha sua criação publicada e possa auferir proveito financeiro com sua comercialização, deverá o autor ceder o direito autoral sobre sua obra a um terceiro, que dispõe de estrutura e condições financeiras para explorá-la economicamente. Para ilustrar a situação, pense-se no seguinte exemplo: uma fotógrafa profissional consegue fotografar o exato momento em que um acidente aéreo de grandes proporções ocorre. Essas fotos podem lhe render proveito financeiro considerável, já que a atenção de parte significativa da população será atraída pela ocorrência.

Porém, como a fotógrafa não é proprietária de um veículo de comunicação capaz de publicar essas imagens e, assim, chamar a atenção do público, não lhe resta alternativa senão recorrer a algum veículo já existente e ceder os direitos autorais sobre as fotografias mediante contrato oneroso. O exemplo é, por óbvio, pictórico, mas a situação poderia ser estendida a outras formas de criação, como a literária ou a musical. O essencial, o que difere essa produção em benefício de outrem das outras, é que a criação em si é anterior a qualquer relação com o terceiro. O terceiro não ingere de qualquer forma na criação, não podendo cogitar qualquer direito que não aquele expressamente previsto no contrato em que o autor lhe cedeu a obra para determinado fim.

2.2.3. Da titularidade dos direitos autorais da obra produzida em benefício de outrem, ausente vínculo de prestação de serviços

Pode-se afirmar que se trata da forma menos complexa e problemática de produção autoral em benefício de outrem, por dois motivos: primeiro, porque a autoria da obra é inconteste, não cabendo qualquer discussão a respeito de direitos

⁶⁸ MANSO, Eduardo Vieira. *Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações*, p. 33.

morais, os quais pertencem inequívoca e exclusivamente ao autor originário da obra; segundo, pois a cessão se dá obrigatoriamente mediante um contrato – no qual se especificarão as condições da cessão –, já que nenhuma outra relação jurídica anterior conecta o autor com o terceiro.

A Lei n.º 9.610/1998 tipifica algumas formas de exercício das faculdades patrimoniais do Direito Autoral na modalidade de produção intelectual em benefício de outrem sem vínculo de prestação de serviço. Pode-se afirmar, inclusive, que, das três modalidades aventadas neste trabalho, é a única sobre a qual há significativa quantidade de matéria legislada. A Lei de Direitos Autorais, sob o Título IV, denominado “Da Utilização de Obras Intelectuais e dos Fonogramas”, dispensa mais de três dezenas de dispositivos à matéria, sendo a edição o tema mais detalhadamente abordado.

O contrato de edição, expressamente previsto na legislação autoral, é provavelmente a forma mais comumente utilizada na prática, embora não seja a única. A importância do estudo dessa modalidade de comercialização de uma obra intelectual é bem sintetizada por CHAVES:

(...) é certamente a primeira modalidade de comercialização de uma obra intelectual em grande escala, que somente GUTENBERG tornou possível, e é a mais estudada e legislada, servindo seus princípios para a orientação das demais modalidades de divulgação de outras obras intelectuais.⁶⁹

ASCENSÃO define o contrato de edição como um “contrato oneroso pelo qual alguém assume em exclusivo perante o titular do direito de publicação o direito e o dever de reproduzir e comercializar uma obra literária ou artística”⁷⁰. Esclarece, nesse sentido, que “O contrato de edição supõe necessariamente a reprodução da obra”⁷¹.

Dispõe o *caput* do artigo 53 da Lei de Direitos Autorais que:

Art. 53. Mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor.

⁶⁹ CHAVES, Antonio. *Obras Literárias e Musicais (Contrato de Edição)*, p. 9.

⁷⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 384.

⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 381.

Compõem o conteúdo essencial do contrato de edição, segundo ASCENSÃO⁷², as faculdades de reproduzir, distribuir e vender, obtendo-se, por meio da utilização dessas faculdades, proveito econômico, o qual será repassado ao autor de acordo com a forma de remuneração estipulada no contrato – bem como com o que prevê a legislação, pois a legislação pertinente impõe certas limitações à autonomia da vontade para a elaboração desses negócios jurídicos, de forma a proteger o autor contra a exploração abusiva de seus direitos em razão de sua presumível hipossuficiência contratual.

Negociado um contrato de edição, o editor assume o direito, o dever e os riscos de comercializar a obra objeto do contrato; o autor, por sua vez, percebe remuneração na forma pactuada. No que diz respeito ao primeiro, ASCENSÃO assim resume sua função no contrato:

(...) o editor deve pôr em circulação a obra, como atividade comercial, assumindo por consequência os riscos da comercialização desta. Portanto, o editor toma sobre si o direito e o dever de reproduzir a obra e de lançá-la em termos de empreendimento comercial.⁷³

Quanto à remuneração do autor, a Lei n.º 9.610/98 incumbe sua determinação à negociação entre o autor e o editor, prevalecendo, portanto, a autonomia da vontade das partes. No caso de não haver previsão contratual expressa, porém, prevê o artigo 57 do referido diploma legal a solução que segue:

Art. 57. O preço da retribuição será arbitrado, com base nos usos e costumes, sempre que no contrato não a tiver estipulado expressamente o autor.

Remeter a determinação da remuneração do autor em caso de não estipulação contratual expressa aos “usos e costumes” é, no mínimo, uma solução imprecisa – considerando a prevalência, na prática, dos interesses editoriais, os efeitos dessa disposição podem ser bastante prejudiciais aos autores. São disposições verdadeiramente protetivas dos direitos pecuniários do autor quando da celebração do contrato de edição apenas os artigos 56 e 61, que prevêem, respectivamente, que:

⁷² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 384.

⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 382.

Art. 56. Entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição, se não houver cláusula expressa em contrário.

Parágrafo único. No silêncio do contrato, considera-se que cada edição se constitui de três mil exemplares.

Art. 61. O editor será obrigado a prestar contas mensais ao autor sempre que a retribuição deste estiver condicionada à venda da obra, salvo se prazo diferente houver sido convencionado.

Assim, tem-se que em nenhum artigo do capítulo dedicado ao instituto da edição a Lei de Direitos Autorais efetivamente protegeu o autor contra a possibilidade de estipulações contratuais vis em termos financeiros. Dada a comum hipossuficiência dos autores frente às editoras, não é preciso exercitar a imaginação para vislumbrar a forma como as editoras podem tirar proveito de sua prevalência econômica no momento de elaborar os contratos.

A edição não é, porém, a única forma de utilização econômica de obra intelectual prevista na Lei n.º 9.610/98. Há outras, que a lei assim denominou: “comunicação ao público”, “utilização da obra de arte plástica”, “utilização da obra fotográfica”, “utilização de fonograma”, “utilização da obra audiovisual” e “utilização de bases de dados”.

ASCENSÃO, comentando a já revogada Lei n.º 5.988/73 (antiga Lei de Direitos Autorais), comentou o que segue, perfeitamente aplicável à lei atual:

A lei dos direitos autorais compreende um título IV, epigrafado: “Da utilização das obras intelectuais”.

Aí se (in)seriam, um pouco anarquicamente, contratos como a edição, disposições sobre a utilização da obra caída no domínio público e o que chamaremos propriamente de regimes especiais. Estes são os impostos pela natureza da obra em causa, como o da obra cinematográfica.⁷⁴

Tratar-se-á, nas próximas linhas, do que ASCENSÃO denominou “regimes especiais”, “impostos pela natureza da obra em causa”, sob o aspecto da proteção dos direitos patrimoniais do autor.

Primeiramente, incumbe salientar que, feita a ressalva às modalidades de comunicação ao público e de utilização de obra audiovisual, em que houve maior

⁷⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 400.

preocupação legislativa, os regimes especiais se resumem, na verdade, a algumas disposições pontuais acerca de peculiaridades práticas ou teóricas dos tipos de obra intelectual tratados.

A modalidade pela Lei de Direitos Autorais denominada “Da Comunicação ao Público” visa conferir proteção às “obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas” (artigo 68). Para efeito dessa proteção, considera-se representação pública, nos termos do parágrafo 1.º do mencionado artigo 68, “a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.”

Por outro lado, a execução pública é pela lei definida como

a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.⁷⁵

Quanto à efetiva proteção oferecida aos autores em relação à exploração de sua obra com intuito de lucro, a essa modalidade não é dedicada qualquer disposição acerca de balizas que limitem a autonomia contratual em favor da parte que detém menor poder de barganha na relação, isto é, o autor. Embora se possa subentender pela interpretação do parágrafo 7.º do já referido artigo 68⁷⁶ que a autorização para a representação ou execução pública se fará mediante “contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos”, o único dispositivo que prevê alguma forma de o autor se proteger contra negócios potencialmente abusivos é o que segue:

Art. 76. É impenhorável a parte do produto dos espetáculos reservada ao autor e aos artistas.

⁷⁵ Parágrafo 2.º do artigo 68 da Lei 9.610/98.

⁷⁶ “Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. (...)§ 7º As empresas cinematográficas e de radiodifusão manterão à imediata disposição dos interessados, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por execução pública das obras musicais e fonogramas contidas em seus programas ou obras audiovisuais”. Grifou-se.

O recado que queda é o de que cabe ao autor e àquele que busca proveitos econômicos por meio da reprodução e execução das obras definirem, em livre negociação, o conteúdo do contrato – como se houvesse a possibilidade de uma livre negociação, de uma verdadeira autonomia da vontade das partes, onde uma delas é corriqueiramente hipossuficiente.

No que respeita à utilização de obra de arte plástica, a Lei n.º 9.610/98 se limitou a, além de estipular que a autorização de seu uso deverá sempre se fazer por escrito – presumindo-se onerosa –, determinar que “Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la” (artigo 79).

Embora a tutela seja conferida por apenas dois artigos, deve-se reconhecer sua importância: primeiro, porque se protege o autor de obra de arte plástica contra compradores mal intencionados que busquem auferir proveito econômico reproduzindo sua obra sem repartir os lucros; segundo, pois a presunção de onerosidade, embora seja uma proteção primária e até mesmo óbvia (até porque o *caput* do artigo 50 já previa que a transferência de direitos se presume onerosa), ratifica a idéia de proteção econômica do autor, e não apenas de seus direitos morais.

No que concerne à utilização de obra fotográfica, constata-se que sua tutela legal se resume a uma única disposição específica na Lei de Direitos Autorais:

Art. 79. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas.

§ 1º A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor.

§ 2º É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor.

Enquanto as previsões dos dois parágrafos respeitam aos direitos morais do autor de obra fotográfica, no *caput* do artigo é que se dispõe acerca da forma de utilização econômica desse produto intelectual. Aponta-se, inclusive, uma clivagem

entre o que seria a obra fotográfica sem valor artístico e aquela protegida por se enquadrar na categoria de “artes plásticas”.

Embora não seja o intuito desse trabalho adentrar com profundidade nas discussões acerca de cada forma de utilização, mas apenas enquadrá-los em categorias e facilitar sua compreensão enquanto inseridas na realidade econômica, não se pode deixar de observar que o artigo 7.º da Lei n.º 9.610/98, ao determinar que são obras intelectuais protegidas “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, apontou como exemplo de produtos intelectuais protegidos “as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia”, sem mencionar a necessidade de um valor artístico intrínseco para sua proteção.

Imperioso notar, ainda, que, ao contrário do previsto⁷⁷ na antiga Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 5.988/73), a mera tradição de negativos não induz a presunção de que há transferência dos direitos autorais do autor. Como qualquer outra transferência de direitos autorais, ela deverá respeitar a forma escrita, presumindo-se, sempre, onerosa.

Por fim, enquanto tanto no capítulo destinado ao regramento da utilização de fonogramas como naquele reservado à tutela da obra coletiva não há qualquer menção à forma de proteção dos direitos patrimoniais do autor, nos capítulos referentes à utilização de obra audiovisual e de bases de dados a situação se mostra diversa.

No primeiro, atinente à obra audiovisual, dispõe o artigo 81 que “A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para produção audiovisual implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica.”

Quanto à forma pela qual se estabelece a relação entre o autor e o produtor, prevê o artigo 82 que o contrato de produção audiovisual deve consignar “a remuneração devida pelo produtor aos co-autores da obra e aos artistas intérpretes

⁷⁷ “Art. 56. A tradição de negativo, ou de meio de reprodução análogo, induz à presunção de que foram cedidos os direitos do autor sobre a fotografia.”

e executantes, bem como o tempo, lugar e forma de pagamento”. Confere a lei, ainda, poder de fiscalização aos autores desse tipo de produto intelectual no caso de a percepção de proveito econômico ser atrelada aos rendimentos da obra, como se depreende da leitura do artigo 84:

Art. 84. Caso a remuneração dos co-autores da obra audiovisual dependa dos rendimentos de sua utilização econômica, o produtor lhes prestará contas semestralmente, se outro prazo não houver sido pactuado.

Por fim, no que diz respeito à utilização de bases de dados, tem-se uma tutela legal inteiramente voltada para os aspectos econômicos do direito autoral do seu criador. O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados tem, segundo o artigo 87 do mesmo diploma legal, o direito exclusivo de autorizar ou vedar qualquer forma de reprodução, tradução, distribuição, reprodução e comunicação ao público de sua criação.

Por trás dessa aparentemente absoluta proteção ao direito patrimonial do autor de base de dados esconde-se, porém, um problema já apontado antes: não basta simplesmente conferir ao autor da obra intelectual o direito exclusivo de explorá-la economicamente quando se sabe que, para ter condições de auferir proveito econômico sobre sua obra ele geralmente precisa ceder esse direito a outrem, a alguém – ou, comumente, uma pessoa jurídica – com condições de inserir seu produto no mercado. Por um lado, concedem-se direitos ao autor; por outro, não se protege o exercício desse direito do desequilíbrio de poder existente nas relações negociais inseridas numa sociedade acentuadamente capitalista.

E tal observação não se restringe aos direitos relativos ao autor de base de dados; pelo contrário, trata-se de conclusão que poderia ser aduzida em relação a qualquer forma de utilização de obra intelectual prevista na Lei n.º 9.610/98, porque em quase nenhum dos dispositivos transparece uma verdadeira preocupação com a tutela dos direitos patrimoniais dos autores. Pelo contrário, a impressão que se passa é a de que somente se legislou acerca dessa tutela o suficiente para permitir aos autores ceder seus direitos a outrem, obtendo não mais que pequena parcela do proveito econômico gerado por sua criação.

2.3. CRIAÇÃO INTELECTUAL EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS SOB REGIME DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO

2.3.1 *Da natureza da relação que une criador intelectual e terceiro na modalidade de prestação de serviços sem vínculo empregatício*

Tratar-se-á, no presente tópico, da modalidade de criação intelectual efetuada sob regime de prestação de serviços, sem a incidência de vínculo empregatício. Tal modalidade refere-se, como definiu COSTA NETTO, às situações em que

o usuário encomenda e remunera o autor para a criação de uma obra que será utilizada por aquele (por exemplo, uma agência de publicidade encomenda a determinado autor um filme ou uma música, ou uma fotografia sobre determinado tema, e remunera-o para tanto).⁷⁸

Ao contrário da modalidade tratada no tópico anterior, em que não havia nenhum laço comercial unindo o autor ao terceiro beneficiário antes da produção da obra, na presente categoria de produção intelectual esse vínculo é fundamental, definidor da própria modalidade: a existência desse vínculo a difere da modalidade anterior, e sua natureza (prestação de serviços sem vínculo empregatício), da modalidade da qual se tratará em breve – criação intelectual em benefício de terceiros sob regime de prestação de serviços com a presença de vínculo empregatício.

Sua natureza, aliás, é bem definida por BITTAR:

Na encomenda pura e simples ou de prestação de serviço autônomo, as partes vinculam-se pelas formas contratuais já enunciadas, mas consoante o princípio da autonomia da vontade, discutindo as diferentes cláusulas que regerão as suas relações e sem vínculo de dependência econômica com o encomendante.⁷⁹

Segundo CHAVES, são duas as diferenças fundamentais entre as obras de encomenda e as de criação espontânea. A primeira

⁷⁸ COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*. In *Reflexões sobre direito autoral*, p. 145.

⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra feita sob encomenda*, p. 118.

consiste em que, naquelas é o seu autor quem escolhe o assunto e o desenvolvimento, ao passo que, nestas, de certa forma é o inverso que ocorre, no sentido de que, determinado o tema que lhe interessa, é o empresário que, entre vários autores em potencial, procurará aquele que, por suas aptidões e inclinações, tenha melhores possibilidades de proporcionar-lhe o resultado objetivado.⁸⁰

A segunda, por sua vez, consiste em que, enquanto que no caso da criação espontânea

É o autor quem tem a iniciativa de colocar a sua produção indistintamente à disposição de todos os eventuais consumidores, na segunda é um só destes que se separa da massa indeterminada, para, mediante remuneração adequada, obter a exclusividade, num primeiro passo, da obra intelectual, que, depois, por seu intermédio, é que irá cumprir o seu destino normal de entrar em contato com o público.⁸¹

Como indicado por COSTA NETTO, o contrato de encomenda trata de obra ainda não produzida, e não de transferência de direitos sobre produto pronto, como na modalidade referida no tópico anterior.

Primeiramente, cumpre tecer alguns comentários acerca da regulação legal da hipótese – ou, melhor seria dizer, acerca da lacuna legal respeitante à matéria no ordenamento jurídico brasileiro atual.

2.3.2 Considerações legislativas

Diz-se atual porque esse vácuo legislativo remonta à promulgação da Lei n.º 9.610/98, já que a lei anteriormente em vigor sobre o tema, a n.º 5.988/73, trazia ao menos um dispositivo sobre a matéria, que se transcreve a seguir:

Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

⁸⁰ CHAVES, Antonio. *Criador da obra intelectual*, p. 206.

⁸¹ CHAVES, Antonio. *Idem*, *ibidem*.

§ 1º O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação.

§ 2º O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou.

A respeito dessa previsão legal, COSTA NETTO tece a seguinte observação:

Em primeiro lugar, deve-se registrar, naturalmente, que o entendimento dessa orientação legal deve limitar-se aos direitos patrimoniais (econômicos) de exploração da obra e não à titularidade dos direitos morais de autor (indissociáveis da pessoa de seu autor e inalienáveis e irrenunciáveis por imperativo legal).⁸²

Afora a crítica a respeito da não especificação de quais direitos pertenceriam em comum a ambas as partes, duas outras críticas poderiam ser tecidas a respeito da disposição acima referida, ainda que não mais vigente: primeiro, a de que a Constituição Federal brasileira confere aos autores o direito exclusivo de “utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (artigo 5.º, inciso XXVII), o que obsta a concessão de direitos autorais a outrem que não o efetivo criador do produto intelectual; segundo, a de que nunca houve a necessária regulação do tema pelo Conselho Nacional de Direito de Autor, ficando a definição do que seria a titularidade conjunta dos direitos autorais sobre obra produzida em regime de encomenda, cumprimento a dever funcional ou contrato de trabalho a critério das partes quando da elaboração do respectivo contrato – ou, então, do Estado-juiz, quando perante ele ofertada demanda judicial a esse respeito.

Na hipótese de demanda judicial, a ausência de regulação por parte do Conselho Nacional de Direito do Autor causava prejuízo ainda maior, porque não se ofereciam balizas ao magistrado na definição dos direitos que cabiam a cada parte, causando, no mínimo, insegurança jurídica. Na prática, e a pesquisa jurisprudencial pode demonstrar isso, o que ocorre é uma prevalência da proteção dos direitos morais do autor, enquanto os direitos patrimoniais são, com muita facilidade, conferidos ao comitente.

⁸² COSTA NETTO, José Carlos. *Op. cit.*. In: *Reflexões sobre direito autoral*, p. 146.

Exemplo dessa situação pode ser vislumbrado na seguinte ementa de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Direitos autorais. Obra musical. Fundação. Intervenção do Ministério Público. Ilegitimidade ativa, multa contratual e direitos autorais em cada apresentação. Dispositivo legal não indicado. Ônus da prova. Prequestionamento. Correção monetária. Termo inicial. Obra sob encomenda. Direitos morais do autor. Súmulas nº 05 e 07-STJ. (...)

5. No contrato de obra sob encomenda, esta é elaborada para que o encomendante possa utilizá-la economicamente, não transferindo os direitos morais do autor, dentre eles o de manter a integralidade da obra e o de impedir a modificação da mesma, a teor dos artigos 25, incisos IV e V, e 28 da Lei nº 5.988/73. (...) ⁸³.

De qualquer forma, se antes a legislação a respeito do tema era criticável, hoje ela é inexistente: a Lei n.º 9.610/98, promulgada para substituir a Lei n.º 5.988/73, não trouxe qualquer disposição acerca da matéria, ficando os autores à mercê da autonomia privada na elaboração dos contratos. O Poder Judiciário, por seu turno, quedou sem qualquer indicação legal do caminho a seguir.

Feitas as observações a respeito da forma pela qual o tema foi e é tratado pelo ordenamento jurídico, passa-se agora à análise da doutrina no que concerne à matéria.

2.3.3 Da criação intelectual em benefício de terceiros quando presente relação jurídica de prestação de serviços sem vínculo de natureza empregatícia

Segundo MANSO, “Quando a obra intelectual não é realizada por iniciativa de seu autor, fala-se de obra encomendada (...)”⁸⁴. De acordo com o doutrinador, pede-se ao autor, nessa modalidade:

a criação de uma obra segundo um tema dado, um fato apontado, um argumento a ser desenvolvido, uma história a ser contada etc. O

⁸³ BRASIL. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 151.097/SP. Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.02.1999. Acesso em 17 de outubro de 2011.

⁸⁴ MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de direito autoral*, p. 74.

encomendante, via de regra, fornece ou sugere, ao autor, aqueles elementos que, por si mesmos, não são aptos a gerar direito algum. Com eles, o autor cria a obra, segundo sua pessoal concepção a respeito de tais elementos, impregnando-a, portanto, de sua personalidade, com que tal obra o individualiza, entre outros autores de obras semelhantes.⁸⁵

Interessa, para a elucidação do presente tópico, a produção intelectual sob encomenda como um todo, vez que exemplificativa da modalidade de criação intelectual em benefício de outrem sob regime de prestação de serviços, sem qualquer vínculo empregatício ou funcional. Tratar-se-á, portanto, das características comuns a todos os contratos dessa espécie no que diz respeito aos direitos morais e patrimoniais do autor.

Ainda assim, há uma distinção importante a se operar nos tipos de contrato de encomenda existentes na prática: eles podem tanto concernir à criação de uma obra de arte plástica destinada tão-somente à satisfação pessoal do comitente como dizer respeito à criação de um produto intelectual comercializável ou de qualquer forma propício à utilização econômica.

Quanto ao primeiro caso, a lição de CHAVES:

Nas obras de artes plásticas em geral, o *corpus mechanicus* pertence a quem encomenda a obra, sem direito, no entanto, salvo convenção expressa e remuneração adequada, de tirar qualquer proveito pecuniário, como os decorrentes de expor publicamente ou reproduzir a obra.⁸⁶

No mesmo sentido, o ensinamento de MANSO:

Ao encomendante cabe, por aquisição real, a propriedade do *corpus mechanicum* em que tal obra se fixa, para seu gozo intelectual, estético, cultural, egoístico, sem, contudo, ser investido de qualquer direito patrimonial de autor que o possibilite a explorá-la economicamente, salvo expressa manifestação nesse sentido, da parte do autor.⁸⁷

Por outro lado, casos existem, e são o foco principal do presente tópico, em que a produção intelectual sob encomenda é entregue ao terceiro para que de sua utilização aufera proveito econômico, e não apenas satisfação intelectual. É o caso,

⁸⁵ MANSO, Eduardo Vieira. Idem, ibidem.

⁸⁶ CHAVES, Antonio. Direito de autor – obra sob encomenda. In: *Revista Forense*, 124.

⁸⁷ MANSO, Eduardo Vieira. *Op. cit.*, p. 74.

por exemplo, das obras publicitárias, em que uma companhia contrata um autor para que crie um produto artístico que se destinará à promoção comercial da própria empresa – rendendo-lhe, indireta mas significativamente, proveito econômico. No dizer de CHAVES,

Em outros casos, ao contrário, o contrato de encomenda comporta cessão de direitos de autor: é o caso do romance, do cenário, da peça encomendada a um autor para ser impressa, incorporada a um filme, levada à cena. O direito de autor intervém então sob seus dois aspectos: moral e pecuniário.⁸⁸

Para concluir essa distinção, cita-se o magistério de MANSO, segundo quem:

De fato, se um autor realiza uma obra, sob encomenda (portanto sob a iniciativa de outrem), é porque aceitou a utilização de sua obra, pelo encomendante. Tal utilização será econômica, ou não, de acordo com a pessoa do encomendante: evidentemente, um particular, que encomende o retrato de uma pessoa de sua família, não está mirando uma utilização econômica dessa obra; no entanto, um editor, ou uma emissora de rádio ou de televisão, ou um produtor fotográfico que encomendem, respectivamente, um romance, uma música ou uma telenovela ou uma execução musical, não terão feito tais encomendas para um uso pessoal, de caráter meramente cultural, estético, tendo em vista suas notórias atividades empresariais.⁸⁹

2.3.4 Da titularidade dos direitos autorais sobre obra produzida mediante prestação de serviços, ausente vínculo de natureza empregatícia

Em qualquer das duas hipóteses, porém, determinados direitos do autor não são transmissíveis ou de qualquer forma negociáveis – os direitos de índole moral. Não se pode cogitar da transferência desses por expressa vedação legal, como já se mencionou oportunamente (inciso I do artigo 49 da Lei n.º 9.610/98). Sobre essa ordem de idéias, mostra-se elucidativa a seguinte passagem da lavra de CHAVES:

⁸⁸ CHAVES, Antonio. *Op. cit.*. In: *Revista Forense*, 124.

⁸⁹ MANSO, Eduardo Vieira. *Op. cit.*, p. 78.

Chega-se, pois, à conclusão de que, da mesma forma que nas demais obras, nas sob encomenda, ou sob relação de emprego, podem e devem ser admitidas a intransmissibilidade dos atributos morais e a transmissibilidade dos pecuniários, sem qualquer ofensa ao interesse do empresário, aos princípios do direito de autor, e às vantagens para as partes intervenientes, em consonância, aliás, com o espírito das legislações internas e das convenções internacionais que partem sempre do reconhecimento dos direitos que competem ao autor pelo simples fato da criação da obra.⁹⁰

Assentado que não são discutíveis os direitos morais conferidos ao criador da obra no caso de encomenda, passa-se ao exame das consequências desse contrato para os direitos patrimoniais do autor. Se é certo, como explicitado por MANSO em citação anterior, que em determinados casos o propósito da encomenda é evidentemente comercial, isto é, que alguns comitentes encomendam obras para delas auferir proveito econômico, corolário lógico é que deve haver a cessão dos direitos patrimoniais necessários para que se efetive esse proveito. Luminosa, quanto a isso, outra passagem do mesmo autor:

(...) quando a obra se destina, naturalmente, à reprodução ou à representação (obra literária, estrito senso, ou obra teatral, obra musical etc.), sua entrega ao encomendante carrega consigo mesma a licença de sua utilização econômica, podendo-se até mesmo falar que será nulo o contrato de encomenda que “vedar ao encomendante a utilização econômica da obra (*corpus mysticum*), posto que a encomenda de obra literária tem como finalidade intrínseca e básica essa exploração (...)”.⁹¹

O que não se pode, porém, é imaginar que essa cessão será incondicional e ilimitada, ceifando do verdadeiro criador do produto intelectual qualquer proveito econômico ulterior. MANSO não é, entretanto, insensível a essa ressalva, como se depreende da leitura do seguinte trecho de sua autoria:

No caso de obras por encomenda, apenas os direitos que permitam o atendimento do fim da própria encomenda poderão ser considerados como transferidos, enquanto a prova de uma transferência mais ampla fica

⁹⁰ CHAVES, Antonio. *Op. cit.*. In: *Revista Forense*, 126.

⁹¹ MANSO, Eduardo Vieira. *Op. cit.*, p. 86-87.

sempre a cargo daquele que a invocar, e eu acrescentarei que, no sistema italiano, a transferência dos direitos autorais deve ser provada por escrito.⁹²

Em outras palavras, a transmissão de direitos sobre a obra encomendada deve se limitar ao fim específico para o qual foi elaborado o contrato de encomenda; assim, não pode o comitente se apropriar de todo e qualquer direito patrimonial dela advindo. Aquele que encomenda um filme publicitário para promoção de sua atividade econômica não pode utilizar esse filme para, por exemplo, inscrevê-lo em um concurso de filmes publicitários. Essa não foi a finalidade para a qual a obra foi encomendada, pertencendo todos os direitos que a ela escapam ao seu criador intelectual.

Não é em outro sentido o magistério de CHAVES:

Apartam-se, então, nitidamente, os dois campos: aquele de quem encomendou ou custeou a obra obtém a cessão da parte patrimonial do direito, mas, é importante assinalar, para aquela finalidade especificamente convencionada, dispensada autorização, que é implícita, para o aproveitamento normal e imediato, sem cogitar de outra remuneração a não ser a combinada.⁹³

Em verdade, aduz-se, da interpretação sistemática da Lei de Direitos Autorais vigente, que algumas dessas idéias foram, sim, absorvidas pelo ordenamento jurídico pátrio quando de sua promulgação. Prova disso são os dispositivos 4.º e 50 da Lei n.º 9.610/98, que estipulam, respectivamente, que se interpretam “restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais” e que a cessão “total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.”

No entanto, e à semelhança do que foi comentado no tópico destinado à análise da produção intelectual sem vínculo de prestação de serviço, trata-se de proteção insuficiente e propícia a gerar, na prática, situações de limitação dos direitos pecuniários do autor.

Não que não sejam importantes as referidas limitações à liberdade contratual dos interessados em negociar direitos autorais de obras intelectuais; pelo contrário,

⁹² MANSO, Eduardo Vieira. *Op. cit.*, p. 87.

⁹³ CHAVES, Antonio. *Criador da obra intelectual*, p. 207.

elas representam um verdadeiro avanço em relação à legislação anterior, ao menos no que diz respeito à transferência de direitos em sentido genérico.

O que não houve, porém, foi uma verdadeira preocupação com a posição desprivilegiada do autor nas relações jurídicas contratuais. Para se utilizar exemplo já aventado, no caso de uma companhia contratar um autor para a criação de um filme para promoção comercial, via transmissão televisiva, mostra-se razoável imaginar-se que o autor estará em uma posição que lhe permita impor condições que protejam seus direitos? A própria conformação do segmento publicitário atual torna clara a resposta negativa a essa questão: o que se tem atualmente são empresas especializadas na produção desses produtos intelectuais, e isso porque, enquanto empresas, dotadas de poderio financeiro maior, podem negociar em condições de igualdade em face de outras companhias.

Essa situação, que aparentemente resolve o problema, na verdade o esconde sob outra máscara: ao invés de se proteger contra o efetivo utilizador de sua criação, nesse caso o autor deverá se precaver contra a empresa intermediária entre ele e o utilizador de sua obra: desponta, então, a problemática da conformação e distribuição dos direitos autorais provenientes da modalidade de criação intelectual mediante prestação de serviços com a presença de vínculo empregatício, da qual se tratará no próximo tópico.

2.4. CRIAÇÃO INTELECTUAL EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS SOB REGIME DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, MEDIANTE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Cuidar-se-á, neste derradeiro tópico, da produção intelectual em benefício de outrem que não o verdadeiro autor quando presente um vínculo de natureza empregatícia – seja ele celetista ou estatutário.

Será analisada, portanto, a conformação dos direitos autorais do criador intelectual da obra produzida enquanto vigente um contrato de trabalho ou um vínculo estatutário. Por meio dessa análise, buscar-se-á lançar luz sobre alguns

aspectos pouco claros da distribuição dos direitos morais e patrimoniais do autor quando presentes essas relações jurídicas.

2.4.1 *Considerações legislativas*

Inicialmente, cumpre apontar, como se fez em relação à obra produzida sob encomenda, o vácuo legislativo que se apresenta no ordenamento jurídico pátrio em relação à matéria. Enquanto na revogada Lei n.º 5.988/73 havia um dispositivo referindo-a (artigo 36⁹⁴), na lei atual não se vislumbra semelhante previsão legal, o que importa em uma lacuna legislativa em relação a uma situação que se mostra e se mostrará cada dia mais presente na sociedade brasileira e global.

Como assevera CHAVES,

A importância da matéria ressalta do fato de ser cada vez maior o número de obras produzidas sob relação de emprego, à medida que vão aumentando em número e potência os órgãos da imprensa, do rádio, do cinema, da televisão, das agências de publicidade.⁹⁵

MANSO, ao criticar o não mais vigente artigo 36 da Lei n.º 5.988/73, teceu comentário extremamente atual, aplicável, agora, à absoluta ausência de regulação da matéria:

Nem mesmo a complexidade da matéria poderia justificar essa fuga de nosso legislador à sua primordial obrigação de regular assunto de tamanha envergadura, eis que o maior volume de negócios tratando de utilização econômica da obra intelectual se situa exatamente no seio das empresas de comunicação (jornalísticas, radiodifusoras) e de produção cinematográfica, fonográfica, videográfica, envolvendo utilização de satélites artificiais, de complexas organizações empresariais, além de crescentes usos de sistemas de reprografia, tudo envolvendo,

⁹⁴ “Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.” Grifou-se.

⁹⁵ CHAVES, Antonio. *Op. cit.*, p. 197.

necessariamente, contratos de emprego de autores das diversas obras intelectuais pertinentes.⁹⁶

2.4.2 Da criação intelectual em benefício de terceiros quando presente relação jurídica de natureza empregatícia

Mostra-se relevante, para adentrar a temática dos direitos autorais que surgem enquanto vigente vínculo de emprego, a determinação do que é a obra fruto desse contexto. Para isso, cita-se a lição de BITTAR:

A obra individual de assalariado é aquela produzida por autor remunerado justamente para a elaboração de trabalhos intelectuais, em que o encomendante (o empregador: pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou de direito público), assume os riscos da reprodução e de divulgação e fornece os meios materiais para a sua consecução. Define, de regra, o plano e orienta a execução da obra.⁹⁷

E justamente por assumir “os riscos da reprodução e de divulgação”, bem como fornecer “os meios materiais para a sua consecução”, é que não se poderia furtar ao empregador direitos patrimoniais – ainda que bastante limitados – sobre a obra produzida por seu empregado. Se o empregador contrata o empregado especificamente para a criação de produto intelectual e fornece as condições materiais para que ele o produza – assumindo, inclusive, os riscos de insucesso comercial do projeto – não há sentido em negar-lhe faculdades autorais de exploração econômica da obra. Sobre essa ordem de idéias, ponderadas as considerações de MANSO:

Com efeito, se a obra criada pelo autor assalariado não pertencesse ao seu empregador, ou se o empregador necessitasse de uma autorização expressa, a cada vez e para cada obra, para utilizar-se do produto intelectual de seu empregado, – estar-se-ia em face de situações absolutamente insustentáveis perante a justiça (no senso comum dos homens): Poderia, em tais casos, o autor recusar-se (valendo-se, assim, de seu direito moral de inédito ou de arrependimento) a dar aquela

⁹⁶ MANSO, Eduardo Vieira. *Op. cit.*, p. 91.

⁹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra feita sob encomenda*, p. 143.

autorização, como poderia impor condições (pecuniárias ou não) extraordinárias para dá-la, retirando, do empregador, toda a possibilidade de exercer, lícita e tranquilamente, sua atividade negocial, em razão da qual contratara aquele mesmo empregado-autor.⁹⁸

Não se suponha, porém, que MANSO adota um posicionamento desfavorável ou prejudicial ao autor nas relações jurídicas com vínculo empregatício. Pelo contrário, o que ele busca com sua explanação é, por meio da defesa de uma distribuição justa e coerente dos direitos pecuniários – e tão-somente deles, como se verá adiante –, garantir ao autor o exercício de seu direito autoral da forma mais plena possível – desde que respeitados, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, os direitos que correspondem ao outro pólo do negócio jurídico.

Para melhor entender o raciocínio de MANSO, cumpre apontar que, para esse autor, a obra de autor assalariado equivale à obra produzida mediante encomenda. Em suas próprias palavras:

A obra de autor assalariado é obra de encomenda. Nada importa que, sob tal contrato, o autor assumia também, outras obrigações (geralmente de meio e não de resultado), como as de conformar-se a um horário de trabalho, a uma disciplina, a uma hierarquia e, até mesmo, a um limite em sua liberdade de criar (o autor deve obediência a uma linha editorial, por exemplo (...)). A existência dessas outras obrigações – não autorais – não impede, entretanto, que à obra criada sob a égide de um contrato de emprego (público ou privado) se apliquem as mesmas normas e os mesmos princípios que vigoram para a obra criada sob encomenda (...).⁹⁹

“O estatuto há de ser”, continua o mesmo doutrinador, “da obra encomendada e não do autor dessa obra, porque o interesse social que orienta e informa o Direito Autoral deve proteger, essencialmente, a criação intelectual”.¹⁰⁰

Assim, conclui MANSO que o mesmo regramento e a mesma ordem de idéias aplicáveis à obra produzida mediante encomenda se aplicam ao produto intelectual advindo de relação empregatícia.

⁹⁸ MANSO, Eduardo Vieira. *Op. Cit.*, p. 89.

⁹⁹ MANSO, Eduardo Vieira. *Idem*, *ibidem*.

¹⁰⁰ MANSO, Eduardo Vieira. *Idem*, *ibidem*.

2.4.3 Da titularidade dos direitos autorais sobre obra produzida em benefício de terceiros quando presente vínculo de natureza empregatícia

Nesse contexto, passa-se, propriamente, à luz do acima exposto, à análise da distribuição dos direitos autorais de índole patrimonial advindos de obra produzida mediante vínculo empregatício.

Se é certo que não se pode suprimir o direito de o empregador – que remunera o autor e arca com os custos de produção e comercialização da obra – auferir proveito econômico da obra produzida por um seu empregado, igualmente inequívoca é a severa limitação desse proveito: não são todos os direitos de índole patrimonial sobre a obra que se transferem ao empregador. São apenas aqueles necessários à consecução da finalidade econômica que ensejou o próprio contrato de trabalho. Não é em outro sentido a lição de MANSO, como se depreende da leitura do seguinte trecho de sua lavra:

Mesmo que o legislador, desejoso de contentar gregos e troianos, salomonicamente repartisse, ele próprio, os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, principalmente os daquela realizada nos limites de um contrato de emprego, não poderia fazê-lo de forma a despojar o autor dos direitos que não entrassem nas prerrogativas do encomendante para que este pudesse ter sua atividade atendida com a entrega da obra intelectual, nem poderia outorgar ao encomendante mais direitos do que os necessários para cumprir suas obrigações sociais e atingir o fim específico de sua atividade empresarial.

BITTAR, após analisar a conformação dos direitos autorais decorrentes da produção intelectual mediante vínculo empregatício no direito comparado, propõe a seguinte síntese:

Em algumas legislações, atribui-se o direito exclusivo, originariamente, ao criador, mas, por força do contrato de trabalho e da atividade do comitente, confere-se a este a sua utilização econômica. Opera-se, assim, a aquisição derivada dos direitos de exploração sobre a obra. Em outras, o direito é

conferido desde a origem ao empregador, em função de peculiaridade dos sistemas.¹⁰¹

O posicionamento do doutrinador a respeito da questão, porém, coaduna-se com o de MANSO, como se pode aferir do seguinte trecho também por ele escrito:

Concorda-se, porém, com o caráter restrito da utilização da obra, que se cingirá à forma específica da atividade do comitente. Os demais direitos permanecem na esfera do autor. Assim, por exemplo, o escritor, o compositor, o poeta, o desenhista, o arquiteto, o novelista ou outro profissional assalariado conservarão os direitos não compreendidos na atividade específica da empresa ou que escapem à utilização própria a que a obra se destine.¹⁰²

Nesse mesmo sentido, e para concluir o argumento de que os direitos autorais de índole patrimonial transferíveis ao empregador são limitados à finalidade específica de sua atividade econômica, cita-se o ensinamento de ASCENSÃO:

Nomeadamente, a fruição da obra fora da obtenção da finalidade específica do comitente, pertence ao autor. O comitente não pode, por exemplo, autorizar a utilização em desenhos animados da figura criada para a publicidade dos seus produtos; não pode editar em volume os trabalhos que o colaborador fez para ele; não pode adaptar um indicativo musical para o explorar em separado. Tudo isto sai da finalidade da encomenda e pertence portanto ao autor.¹⁰³

Concluir de outra forma seria, deve-se acrescentar, atentatório ao texto constitucional, o qual previu pertencerem aos autores “o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras” (artigo 5.º, inciso XVII), não sendo sustentável, do ponto de vista jurídico, tolher indiscriminadamente esse direito dos legítimos criadores de obra intelectual.

Na prática, entretanto, a inexistência de previsão legal específica acerca da matéria causa considerável prejuízo às partes contratantes nos casos de produção intelectual mediante vínculo laboral. Diz-se isso porque a ausência desse regramento claramente enseja o surgimento de decisões judiciais díspares, com

¹⁰¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 150.

¹⁰² BITTAR, Carlos Alberto. *Idem*, *ibidem*.

¹⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A “obra de encomenda” nos direitos português e brasileiro*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, p. 35.

fundamentos diversos e incompatíveis, como se pode constatar da leitura das seguintes ementas de julgados provenientes de uma mesma Corte de Justiça brasileira, qual seja, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

DIREITO CIVIL E DIREITO AUTORAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. HONORÁRIOS PERICIAIS. REDUÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. PUBLICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE CESSÃO EXCLUSIVO DO AUTOR. ART. 28 DA LEI 9.610/98. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE CUSTAS, A TÍTULO DE REEMBOLSO DA PARTE VENCEDORA CONFORME PREVISTO NO ARTIGO 17, § 1º DA LEI 3.350/99.

A fotografia, como obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, já que cabe ao autor a escolha do ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, tem a mesma defesa e proteção conferidas aos demais direitos autorais. O exercício pleno do direito de propriedade que é conferido pela Lei dos Direito ao autor, lhe outorga a exclusividade de utilizar, fruir e dispor de sua obra literária, artística ou científica. Desimportante se mostra levar-se em consideração o vínculo empregatício entre a autora e o município réu, já que a pretensão se funda em violação de direito de natureza civil (direito autoral), e não de direito decorrente de relação meramente empregatícia.

PROVIMENTO PARCIAL DO AGRAVO RETIDO. IMPROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO. PARCIAL PROVIMENTO DO SEGUNDO E TERCEIRO RECURSOS.¹⁰⁴

AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIREITOS AUTORAIS. FOTÓGRAFO COM VINCULO EMPREGATÍCIO COM O PRIMEIRO RÉU. VENDA DA FOTOGRAFIA PARA OS DEMAIS RÉUS SEM AUTORIZAÇÃO DO AUTOR. PUBLICAÇÃO DAS FOTOGRAFIAS COM REFERÊNCIA AO NOME DO AUTOR. AUSÊNCIA DE DANOS INDENIZÁVEIS. AUTOR QUE, COMO EMPREGADO DA PRIMEIRA RÉ, EXERCENDO AS FUNÇÕES DE FOTÓGRAFO E REPORTER, CLICOU A SITUAÇÃO FÁTICA SOBRE

¹⁰⁴ RIO DE JANEIRO. Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 2009.001.23480. Rel. Des. José Carlos Maldonado de Carvalho, j. 04.08.2009. Acesso em 01/11/2011. Grifou-se

A QUAL SE REFERIU A MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA, INEXISTINDO NESTA FOTO QUALQUER CONOTAÇÃO ARTÍSTICA, E ENTREGOU À RÉ O CONTEÚDO DE SEU TRABALHO. TAL ENTREGA PRESSUPÕE A AUTORIZAÇÃO PARA A PUBLICAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELOS RÉUS E DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO AUTORAL.¹⁰⁵

No primeiro julgado, verifica-se a facilidade com que o órgão julgador opera a distinção entre a relação laboral proveniente do vínculo empregatício e a relação jurídica de natureza civil (de direito autoral, mais especificamente) advinda da criação intelectual. Entendeu o colegiado que, ao publicar produto autoral (no caso, de natureza fotográfica) sem a autorização do autor, o réu feriu direitos autorais do mesmo – independentemente, frise-se, da existência de vínculo laboral entre as duas partes.

No segundo julgado, por outro lado, a situação se mostra diametralmente oposta. Primeiro, porque a fotografia produzida por um “fotógrafo e repórter”, segundo o entendimento dos julgadores, pode não ter “qualquer conotação artística”, o que, presume-se, anula eventuais direitos autorais pertencentes ao fotógrafo. Segundo, o que é mais relevante para o presente tópico, entendeu o órgão colegiado que, presente o vínculo de natureza empregatícia, corolário lógico é que a obra produzida sob sua égide pertence ao empregador – o qual, inclusive, pode vendê-la a outros sem a necessidade de colher a autorização do autor.

Por fim, no que concerne aos direitos autorais de índole patrimonial do autor, deve-se ainda tecer alguns comentários em relação à produção intelectual de criador empregado sob regime estatutário. Primeiramente, cumpre apontar a inexistência de previsão legal da hipótese no ordenamento jurídico, o que não impressiona, já que a obra produzida pelos assalariados em geral – hipótese que, na prática, mostra-se mais comum – não foi regulada pela Lei n.º 9.610/98.

Independentemente disso, deve-se observar que não parece haver motivos – mormente considerando a ausência de previsão legal a respeito – para que o Estado, enquanto empregador de autor de obra protegida pela Lei de Direitos

¹⁰⁵ RIO DE JANEIRO. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 2009.001.01817. Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 05.02.2009. Acesso em 01/11/2011. Grifou-se.

Autorais, deva dispor de direitos mais amplos sobre a produção deste do que aqueles que seriam conferidos ao empregador na iniciativa privada. Isso porque, retomando citação anterior de MANSO, o estatuto jurídico da obra produzida mediante relação de emprego deve ser aquele pertinente à obra, e não à relação havida. Em outras palavras, o bem jurídico tutelado nessa situação deve ser, primordialmente, a obra – e isso em virtude da previsão constitucional expressa no sentido de que pertence exclusivamente ao autor os direitos sobre a obra intelectual por ele criada.

Tal entendimento, cumpre apontar, já era defendido por MANSO mesmo quando da vigência da Lei n.º 5.988/73, a qual, em seu artigo 46, dispunha que:

Art. 46. Protegem-se por 15 anos a contar, respectivamente, da publicação ou da reedição, as obras encomendadas pela União e pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Sobre esse dispositivo, tecia MANSO o seguinte comentário:

Evidentemente, a proteção das obras corresponde à atribuição dos respectivos direitos autorais, donde ser possível dizer que tais direitos, nos casos de obras encomendadas por aquelas pessoas jurídicas de direito público, duram apenas 15 anos. A regra, para não conter uma contradição fundamental (que consistiria em excluir a proteção vitalícia implicitamente consignada na Constituição Federal¹⁰⁶) somente pode referir-se à proteção na estrita forma em que a obra foi encomendada, pois, do contrário, faria cair no domínio público, apenas decorridos 15 anos, toda a obra. Vale dizer, qualquer forma de utilização econômica estaria livre (...) E nenhum fundamento jurídico será possível encontrar-se para essa discriminação contra os autores, apenas em razão de ter sido a obra encomendada e publicada por uma entidade de direito público.¹⁰⁷

Como se depreende da leitura dessa passagem escrita pelo autor, entende ele ser inconcebível, juridicamente, operar-se uma distinção entre a proteção concedida à obra produzida mediante contrato de trabalho e aquela advinda de relação jurídica de emprego de índole estatutária. Assim, tem-se que não existem

¹⁰⁶ Incumbe apontar que o autor referia-se, nesse comentário, à Constituição Federal de 1988, e, presumivelmente, ao seu artigo 5.º, inciso XXVII, o qual prevê que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

¹⁰⁷ MANSO, Eduardo Vieira. *Op. cit.*, p. 95-96.

motivos para que se dispense tratamento desigual entre os autores empregados sob regime celetista e estatutário; em qualquer dos casos, a titularidade dos direitos patrimoniais sobre obra produzida mediante vínculo empregatício deve ser cedida ao empregador nos estreitos limites da finalidade para a qual o empregado foi contratado – seja sob regime jurídico de Direito Privada ou sob regime jurídico de Direito Público.

Deve-se abordar, ainda, a questão da titularidade dos direitos de índole moral sobre obra produzida mediante vínculo empregatício – de natureza celetista ou estatutária. Nesse caso, em virtude das próprias características desses direitos, não há motivos para que se faça uma abordagem em separado para cada forma de vínculo (celetista e estatutário). Pelo contrário, os direitos morais do autor têm por principal característica seu caráter absoluto, sua conexão íntima e indelével com o verdadeiro criador da obra, sendo indiferente, para seus efeitos, o vínculo jurídico sob o qual se dá a criação.

BITTAR, abordando esse aspecto da produção autoral mediante vínculo laboral, afirma o que segue:

A cessão não atingirá, pois, os direitos morais do autor, que permanecem na esfera de sua personalidade. Com efeito, os direitos de autor são concedidos originariamente ao criador da obra, podendo o empregador adquirir por contrato apenas o seu uso, segundo A. Kerever, salvo na obra coletiva. O empregador poderá, pois, a título derivado, assumir certos direitos pecuniários.¹⁰⁸

No mesmo sentido o magistério de CHAVES:

Chega-se, pois, à conclusão de que, da mesma forma que nas demais obras, nas sob relação de emprego, podem e devem ser admitidas a intransmissibilidade dos atributos morais e a transmissibilidade limitada dos pecuniários, em consonância, aliás, com o espírito das convenções internacionais que partem sempre do reconhecimento dos direitos que competem ao autor pelo simples fato da criação obra.¹⁰⁹

Outra não é a conclusão que se aduz por meio da leitura da Lei n.º 9.610 /98, a qual, como já se demonstrou no primeiro capítulo deste trabalho, veda a

¹⁰⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁹ CHAVES, Antonio. *Op. cit.*, p. 217.

transmissão de direitos morais de autor sobre a obra criada – exceto nas hipóteses relativas a Direito Sucessório, sobre as quais há previsão expressa (parágrafo 1.º do artigo 24 do mencionado diploma legislativo).

Tem-se, assim, que são intransferíveis os direitos morais produzidos sob relação de emprego, tenha ela natureza celetista ou estatutária, vez que o vínculo que une o criador intelectual com sua obra – o qual, insista-se, enseja a existência do próprio direito moral do autor sobre esta – independe da relação empregatícia subjacente.

CONCLUSÃO

Não se intentou, com a presente monografia, propor uma classificação da produção intelectual produzida em benefício de terceiros que sistematizasse definitivamente a matéria – até porque um tal propósito escaparia ao escopo de um trabalho monográfico.

O propósito da adoção de uma classificação das modalidades de produção intelectual em benefício de terceiros foi, como apontado na introdução do presente trabalho, o de possibilitar um estudo mais organizado e sistemático da matéria, permitindo a análise do tratamento legislativo dispensado a cada modalidade, bem como os comentários e proposições doutrinários aplicáveis à matéria. Com essas informações, buscou-se tecer críticas ao ordenamento jurídico vigente e, onde necessário, às decisões judiciais brasileiras concernentes ao tema.

Como se apontou ao longo do trabalho, a Constituição Federal brasileira apresenta princípios constitucionais fundamentais garantidores, direta e indiretamente, dos direitos dos autores sobre suas obras. Como princípios, entretanto, sua aplicação comumente depende de confirmação infraconstitucional, em especial nos casos suscitados pela prática comercial – imprevisíveis e constantemente em mutação. E esse é, justamente, o caso da produção intelectual em benefício de terceiros: trata-se de modalidade de criação intelectual surgida das necessidades de uma sociedade capitalista que, cada vez mais, depende de produtos artísticos e científicos para gerar riqueza.

A confirmação legislativa da proteção constitucional em relação a esse caso, porém, não se deu. A Lei n.º 9.610, promulgada em 1998, tratou da possibilidade de transferência dos direitos de índole patrimonial do autor de forma genérica, limitando-se a consignar essa possibilidade e vedar a transmissão dos direitos de índole moral. Tal proteção, no entanto, revela-se insuficiente, como se apontou no desenvolvimento desta monografia: a criação intelectual em benefício de terceiros apresenta idiossincrasias que não podem ser albergadas por uma proteção tão genérica – o que, sublinhe-se, já havia sido admitido pelos legisladores brasileiros quando da promulgação da Lei n.º 5.988, de 1973 (antiga lei de direitos autorais,

revogada pelo diploma legislativo promulgado em 1998), pela qual se regulava, ainda que parcamente, a situação dos criadores intelectuais quando subordinada sua criação ao interesse de terceiros.

Independentemente da tutela legislativa conferida pelo ordenamento jurídico vigente, não se pode sonegar aos autores de obra intelectual em prol de terceiros a proteção de seus direitos autorais, vez que um tal posicionamento seria contrário à Carta Magna brasileira. Assim, tem-se que devem ser observados, na prática jurídica, certas elucubrações e argumentos provenientes da investigação doutrinária para que se possa conferir aos criadores intelectuais que trabalham em benefício de terceiros uma garantia sólida de seus direitos.

Nesse sentido, cumpre apontar que, tendo por objetivo proteger verdadeiramente o criador intelectual nessas circunstâncias, não se pode admitir qualquer espécie de transferência de direitos de índole moral para outrem que não o verdadeiro autor da obra – salvo, por óbvio, nas hipóteses sucessórias previstas em lei. Isso porque tais direitos, como se demonstrou ao longo do presente trabalho, conectam indelevelmente o autor à sua obra pelo próprio fato da criação, não podendo ser a ele furtados em qualquer hipótese.

No que concerne aos direitos de índole patrimonial sobre a obra, por sua vez, a discussão acerca da titularidade dos direitos patrimoniais deve se pautar pela finalidade para a qual a obra foi produzida. Assim, tem-se que os direitos patrimoniais do contratante de serviço de caráter intelectual – seja sob a égide de um contrato de encomenda, de um contrato de trabalho ou mesmo de mera transferência de direitos de utilização sobre obra já produzida – devem ser sempre limitados, e essa limitação encontra balizas na finalidade do contrato.

Não podem ser admitidos, portanto, negócios jurídicos – de qualquer espécie – pelos quais o contratante se aproprie de forma absoluta dos direitos patrimoniais da obra intelectual produzida pelo contratado. Reconhecer uma tal possibilidade ensejaria a transformação de artistas, escritores e cientistas em meros títeres das indústrias artística, cultural e científica. Diz-se isso porque, como em uma sociedade alicerçada no modo de produção capitalista um criador intelectual dificilmente consegue competir com companhias especializadas no seu ramo de atuação (um escritor não consegue divulgar sua obra e, muito menos, auferir lucro de sua

distribuição sem o auxílio de uma editora, por exemplo), se não forem protegidos de forma eficaz os direitos de índole patrimonial dos autores, seu costumeiro papel de destaque na sociedade se diluirá até se tornarem apenas mais uma peça nas engrenagens do modo de produção vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____, José de Oliveira. A “obra de encomenda” nos direitos português e brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 23 (ano XV), 1976.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra feita sob encomenda*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

BRASIL. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1131498/RJ. Relator: Relator Raul Araújo, julgamento em 17.05.2011, publicado no Diário de Justiça do dia 08.06.2011. Acesso em 04 de novembro de 2011.

_____. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 57449/RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento em 24.06.1997, publicado no Diário de Justiça do dia 08.09.1997. Acesso em 04 de novembro de 2011.

_____. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 151097/SP. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento em 09.02.1999, publicado no Diário de Justiça do dia 29.03.1999. Acesso em 04 de novembro de 2011.

_____. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 617130/DF. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgamento em 17.03.2005, publicado no Diário de Justiça do dia 02.05.2005. Acesso em 04 de novembro de 2011.

CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995.

_____, Antônio. *Direito do autor*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____, Antonio. Direito de autor – obra sob encomenda. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Editora Forense, v. 255 (ano 72), 1976.

_____, Antonio. *Obras literárias e musicais (Contrato de Edição)*. Campinas: Julex Livros, 1988.

COSTA NETTO, José Carlos. Direitos de Autor e os que lhes são conexos na relação artistas/autores com empresas produtoras e usuários de obras intelectuais. In: *Reflexões sobre direito autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, Departamento Nacional do Livro, 1997.

MANSO, Eduardo Vieira. *Contratos de direito autoral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

_____, Eduardo Vieira. *Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações*. São Paulo: Bushatsky, 1980.

RIO DE JANEIRO. Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2009.001.23480. Relator: Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho, julgamento em 04.08.2009. Acesso em 07/11/2011.

_____. Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2009.001.01817. Relator: Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, julgamento em 05.02.2009. Acesso em 07/11/2011.

SANCHES, Sydney Limeira. Direitos Patrimoniais de Autor. In: *Revista CEJ*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, n. 21, 1997.

SILVA FILHO, Artur Marques. Conteúdos dos Direitos do Autor. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 806 (ano 91), 2002.

STAUT JÚNIOR, SÉRGIO SAID. *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.